Der Begriff des Schadensersatzes im § 179 Abs. 1 BGB.

(Ein Beitrag zur Lehre vom falsus procurator.)

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde

einer

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Westfälischen Wilhelms-Universität

zu

Münster i. W.,

vorgelegt von

Referendar Erich Heyman

aus

Gelsenkirchen.

Quakenbrück

Handelsdruckerei C. Trute

1928

Referent: Herr Prof. Dr. Kreller.
Korreferent: Herr Prof. Dr. Jacobi.

Literaturverzeichnis.

Anschütz — v. Völlerndorf: Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch Bd. 1. Erlangen 1894.

Bähr in Iherings Jahrb. für Dogmatik Bd. 6 S. 286.

Bähr in Iherings Jahrb. für Dogmatik Bd. 14 S. 393.

Behrend: Lehrbuch des Handelsrechts Bd. 1. Bln. u. Lpzg. 1886.

Brock: Das negative Vertragsinteresse. Bln. 1902.

Crome: System des Bürgerlichen Rechts Bd. 1. Tüb., Lpzg. 1900.

Curtius im Arch. f. ziv. Praxis Bd. 58 S. 69.

Demelius in Grünhuts Zeitschrift Bd. 9 S. 311.

Dernburg: Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs. Bd. 2, 4. Aufl. Halle 1889.

Eccius bei Gruchot B. 47 S. 51.

Eisele in Iherings Jahrb. für Dogmatik Bd. 25 S. 414.

Enneccerus: Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. Marburg 1888.

Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1 I. Abtl 18.—21. Aufl., Bd. 2 II. Abtl. 18.—22. Aufl. Marburg 1923.

Fluhme: Stellvertretung ohne Vertretungsmacht in rechtsvergleichender Darstellung. Würzburger Diss. Bonn 1919.

Fuchs, Ernst in der Deutschen Juristen-Zeitung 1914 Sp. 913.

Gierke, Otto: Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht. Lpzg. 1889.

Grosche: Der § 179 des Bürgerlichen Gesetzbuches. Zur Lehre vom falsus procurator. Lpzg. Diss. Lpzg. 1904.

v. Hahn: Kommentar zum Allg. Deutschen Handelsgesetzbuch Bd. 1 4. Aufl. Braunschweig 1894.

Hellmann: Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften. München 1882.

Hellmann: Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich Bd. 1. Freiburg 1897.

Hölder: Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch, Bd. 1. München 1900.

Hupka: Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht. Leipzig 1903.

Jacobi: Grundriß des Wechsel- und Scheckrechts. Leipzig 1926.

Jeß im Recht 1914 S. 81.

Ihering in den Jahrb. für Dogmatik Bd. 4 S. 1.
Isay: Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1900.
Kaufmann: Kommentar und Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. 1. Bonn 1900.
Keyßner in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. 11 S. 493.
Kiehl in der Juristischen Wochenschrift 1914 S. 497.
Kiehl in der Zeitschr. f. Deutschen Ziv.-Prozeß Bd. 33 S. 547.
Kipp in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. 57 S. 214.
Klupsch: Die Haftung des falsus procurator. Greifswalder Diss. Greifswald 1900.
Kommentar der Reichsgerichtsräte z. BGB. 3. Aufl. Bln. u. Lpzg. 1921.
Kuhlenbeck: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich Bd. 1 2. Aufl. Bln. 1903.
Laband in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. 10 S. 183
Lenel in der Deutschen Juristen-Zeitung 1907 Sp. 453.
Leonhard: Der Allg. Teil des BGB. in seinem Einfluß auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft. Bln. 1900.
Letzgus in Arch. f. ziv. Praxis Bd. 126 (neue Folge Bd. 6) S. 27.
Lipsiensis im Recht 1908 S. 500 u. 739.
Matthiesen im Recht 1908 S. 670.
Matthiesen im Recht 1914 S. 227.
Melliger: Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen Verträgen. Zürich. Diss. Zürich 1896.
Meyer: Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht. München 1909.
Mitteis, Ludw.: Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht unter Berücksichtigung des österreichischen Rechts. Wien 1885.
Mommsen, Fr.: Erörterung aus dem Obligationenrecht. Heft 2. Braunschweig 1879.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Bd. 1. Bln. 1888.
Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 1. Bd. 2. Aufl. Bln. 1908.
Pagel bei Gruchot Bd. 53 S. 229.
Panthen: Die unbegründete Stellvertretung. Greifswalder Diss., anscheinend Greifswald, 1921.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 1 Bln. 3. Aufl. 1903, 4. Aufl. 1913.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bln. 1897.
Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Bln. 1899 f.
Rennefahrt: Schweizerisches Obligationenrecht. Zürich 1919.
Riehl in der Deutschen Juristen-Zeitung 1913 Sp. 372.

Riehl bei Gruchot Bd. 60 S. 798 u. 897.
Schliemann: Kritische Bemerkungen zum Entwurfe eines Allg. Deutschen Handelsgesetzbuches. Schwerin 1858.
Schloßmann: Die Lehre von der Stellvertretung, insbes. bei obligatorischen Verträgen. Leipzig 1900.
Schneider=Fick: Das Schweizerische Obligationenrecht 1. Bd. 2. Aufl. Zürich 1896.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch 1. Bd. 3. Aufl. Bln. — Stuttg. — Lpzg. 1926.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch 1. Bd 9. Aufl. Bln. 1912.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 1. München — Bln. — Lpzg. 7.—8. Aufl. 1912, 9. Aufl. 1925 Bd. 2 Lief. 1, 9. Aufl. 1927.
Steines: Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht. Heidelberger Diss. Borna — Lpzg. 1908.
Stoll in der Leipziger Zeitschr. 1923 S. 532.
Thon im Arch. f. ziv. Praxis Bd. 80 S. 63.
Unger in Grünhuts Zeitschr. Bd. 15 S. 673.
Unger: Handeln auf eigene Gefahr, Bd. 30 v. Iherings Jahrb. für Dogmatik.
Werner im Recht 1905 S. 303.
Westrum in der Juristischen Wochenschrift 1907 S. 39.
Windscheid=Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 1 9. Aufl. Frankfurt 1906.
Zimmermann: Die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum gestio. Straßburg 1876.

Inhaltsverzeichnis.

Erster Hauptteil.

Der Rechtsgrund der Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht.

Zweiter Hauptteil.

Der Schadensersatzanspruch des § 179 Absatz 1 BGB. als Anspruch auf Ersatz des unbeschränkten negativen Interesses. Kritik der Lehre von der positiven Vollmachtsgewähr des § 179 Absatz 2.

Vorbemerkung.

Die vorliegende Arbeit stellt keine umfassende Abhandlung über die Haftung des Stellvertreters ohne Vertretungsmacht dar. Zweck der Arbeit ist lediglich die Klärung der Frage, welches ist der Inhalt der Schadensersatzhaftung des falsus procurator nach § 179 Abs. I BGB., oder genauer: Wie ist das Wort „Schadensersatz“ in dieser Gesetzesvorschrift auszulegen? Der Verfasser ist dabei zu Ergebnissen gelangt, die von den in Wissenschaft und Praxis vertretenen Auffassungen abweichen. Die Argumente, die er zur Stützung seiner Ansicht herangezogen hat, ergeben sich zum Teil aus der Untersuchung der Vorfrage nach dem Rechtsgrund der Haftung, deren eingehende Erörterung sich zur Lösung der hier gestellten Aufgabe als notwendig erwies, um so mehr, als der Verfasser auch bezüglich dieser Frage einiges Neues beigebracht zu haben glaubt. Dabei ließ es sich nicht vermeiden, daß gerade in diesem der eigentlichen Untersuchung vorangehenden Teil der Arbeit, soweit er eine Aufzählung und eine Kritik der über den Rechtsgrund der Haftung vertretenen Ansichten enthält, zum großen Teil aus der bisherigen Literatur Bekanntes wiederholt werden mußte. Soweit dies zum Verständnis und zur Begründung der hier vertretenen Auffassung über den Inhalt der Haftung erforderlich war, ist dies ausführlicher geschehen; im übrigen hat der Verfasser sich bemüht, Bekanntes, soweit es nicht überhaupt ganz weggelassen werden konnte, nur kurz referierend anzuführen.

Erster Hauptteil.

Der Rechtsgrund der Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht.

§ 1.

Die Rechtsgrundtheorien des gemeinen Rechts und die Frage ihrer Verwertbarkeit für das geltende Recht.

Die Frage nach dem Inhalt einer durch Gesetz begründeten Haftung läßt sich in allen ihren Modifikationen nur dann erschöpfend beantworten, wenn der tiefere Rechtsgedanke, der dieser Haftpflicht zugrunde liegt, der Rechtsgrund der Haftung, klargestellt ist. Unumgänglich wird die Klärung der Frage nach der ratio legis einer solchen Vorschrift, wenn eine unklare, ihrem Sinne nach zweifelhafte Fassung des Gesetzes eine verschiedenartige Auslegung seines Inhalts zuläßt. Das ist im höchsten Maße der Fall bei der Vorschrift des § 179 Abs. I BGB., der die Haftung des Pseudovertreters, der den Mangel seiner Vertretungsmacht kennt, inhaltlich dahin bestimmt, daß er dem Geschäftsgegner nach seiner Wahl einen Anspruch auf Erfüllung oder Schadensersatz gegenüber dem falsus procurator zubilligt. Die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches glaubten, die Haftpflicht des falsus procurator dadurch eindeutig bestimmt, ihren Inhalt genau umgrenzt zu haben. Unter Erfüllung verstanden sie die Verpflichtung des falsus procurator, dem Dritten seinerseits das zu leisten, was der Vertretene selbst im Falle der Wirksamkeit des Vertrags auf Grund dieses zu leisten gehabt hätte, unter Schadensersatz den Ersatz des positiven Geschäftsinteresses.

Auf das stärkste von der Entstehungsgeschichte beeinflußt, sind ihnen Literatur und Rechtsprechung darin gefolgt, ohne daß der Versuch gemacht wurde, zu untersuchen, ob der Sinn, den die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches der von ihnen gewählten Normierung beilegten, im Gesetz selbst seinen Ausdruck gefunden hat, ob das Gesetz selbst dem Dritten tatsächlich das gewährt, was ihm seine Verfasser zubilligen wollten. Die Untersuchung dieser Frage hat, wenn sie zu ihrer befriedigenden Lösung führen soll, von der dieser Gesetzesvorschrift zugrundeliegenden ratio auszugehen.

Im gemeinen Recht war die Frage der Haftpflicht des falsus procurator sowohl hinsichtlich ihrer Begründung als auch bezüglich ihres Inhalts äußerst bestritten. Die Begründung der Haftung ex delicto konnte zu einem hinreichenden Schutz für den Dritten nicht führen. Die actio doli, die folgerichtig zum Ersatz des durch die Täuschung verübten Schadens, also zum negativen Interesse führen mußte, setzte Arglist auf Seiten des Vertreters voraus, die actio legis Aquiliae Verletzung einer körperlichen Sache. Nicht viel mehr befriedigen konnte die Begründung der Haftung aus dem von Jhering[1]) in die gemeinrechtliche Wissenschaft eingeführten Begriff der culpa in contrahendo. Danach hat der Kontrahent schon dann, wenn er im Begriffe steht, den Vertrag zu schließen, also bei den Vorverhandlungen, die gleiche Sorgfalt zu beobachten, zu der er bei der Abwicklung des zustandegekommenen Vertrags verpflichtet ist. Ist infolge Nichtbeobachtung dieser Sorgfaltspflicht eines Kontrahenten dem Geschäftsgegner bei Entstehung des Vertrags ein Umstand verborgen geblieben, der die Unwirksamkeit des Vertrags zur Folge hat, so hat jener Kontrahent dem Geschäftsgegner den Schaden zu ersetzen, den dieser durch Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrags erleidet, also das negative Interesse. Die Durchsetzung dieses Anspruchs erfolgt vermittels der Kontraktsklage. Der falsus procurator nun, der den Mangel der Vollmacht verschweigt, begeht einen solchen Verstoß gegen die ihm obliegende diligentia in contrahendo, der ihn zum Ersatz des negativen Interesses verpflichtet[2]).

Aber auch diese Begründung setzt ein Verschulden voraus. Sie mußte alle die Fälle unberücksichtigt lassen, in denen dem ohne Vollmacht handelnden Vertreter ein fahrlässiges Verhalten nicht zur Last fiel. Um auch diese Fälle zu erfassen, d. h. also, um eine Haftung des Vertreters ohne Rücksicht auf Verschulden begründen zu können, war eine Fiktion erforderlich. Man half sich mit der Annahme eines stillschweigenden Garantievertrags, indem man fingierte, daß der Vertreter beim Abschluß des Vertrags zugleich die Garantie für das Vorhandensein der Vollmacht bzw. für die Erteilung der Genehmigung übernahm. Bei Unwirksamkeit des Geschäfts erwächst dem Dritten aus dem stillschweigend abgeschlossenen Garantievertrag ein Anspruch auf Erfüllung von Seiten des Vertreters oder auf Ersatz des positiven Interesses[3]).

---

[1]) Jhering in seinen Jahrbüchern Bd. 4.

[2]) Mitteis S. 170 f.; für das preußische Recht vgl. Dernburg S. 40, für das alte HGB. Laband X 234, letzterer mit der Abweichung, daß er den Vertreter auf das Erfüllungsinteresse haften läßt.

[3]) Windscheid-Kipp S. 369, mit Einschränkung Hellmann Stellv., S. 142 f., vgl. ferner RGZ. 35 S. 146, Seuff. Arch. 33, 29; 50, 148; für das alte HGB. Schliemann S. 26: Der Mandatar verheißt beim Abschluß zugleich dem Dritten, ich hafte dafür, daß der Abschluß dem mir erteilten Mandat entspricht, indem ich widrigenfalls nach deiner

Von einem verwandten Gesichtspunkt ging Curtius aus. Der Vertreter hafte aus dem Vertrage, denn er habe versprochen, daß der dominus verpflichtet werden solle [4]). Er billigt jedoch dem Dritten lediglich den Ersatz des negativen Interesses zu [5]).

Von sonstigen Ansichten seien erwähnt: die Gierkes [6]), der den Vertreter gemäß dem altgermanischen Verursachungsprinzip vom Gesichtspunkte der bloßen Schadensverursachung aus auf das negative Interesse haften läßt, und die Darstellung Zimmermanns. Letzterer erblickt in der Haftung des Vertreters ein durch die bona fides gebotenes Korrelativ gegen die Ungleichheit, die darin liegt, daß der Prinzipal, d. h. der vollmachtlos Vertretene, vor erfolgtem Rücktritt des Dritten diesen durch Genehmigung an den Vertrag binden kann, ohne daß dieser umgekehrt die Möglichkeit hat, eine Verpflichtung des Prinzipals herbeizuführen. Da der Dritte dem Prinzipal auf dessen Wink verhaftet sei, so müsse er sich auch an jemanden halten können, bei Genehmigung an den Vertretenen, andernfalls an den Vertreter. Denn dieser habe den Vertrag, wenn auch im fremden Namen, geschlossen, müsse also alles leisten, was die bona fides dieses Vertrags von ihm fordere [7]).

Diese Verschiedenheit der Ansichten über die Begründung der Haftung des falsus procurator, die sich mangels gesetzlicher Vorschrift nur auf allgemeine Grundsätze stützen konnte, mußte die Normierung, welche die Haftungsfrage im Bürgerlichen Gesetzbuch finden sollte, zu einem der schwierigsten und umstrittensten Probleme bei den Beratungen des Gesetzbuches gestalten. Im wesentlichen dem Vorbilde des Art. 55 des alten HGB. folgend, gab man schließlich dem Dritten grundsätzlich ein Wahlrecht auf Erfüllung oder Schadensersatz. Man glaubte, damit den Inhalt der Haftung eindeutig umgrenzt zu haben.

Wahl selbst zur Erfüllung mich anheiisch mache oder dir dein Interesse ersetze. Mommsen (S. 114 f.) gab (für das gemeine Recht) aus dem Garantievertrag nur einen Anspruch auf Erfüllung. Den Ersatz des negativen Interesses könne der Dritte nur dann fordern, wenn die Voraussetzungen der actio doli oder der actio mandati gegeben seien.

[4]) S. 101.

[5]) S. 102: „Versprochen hat der Vertreter die Obligatio des Vertretenen. Daher kann der Dritte, wenn dies nicht geleistet werden kann, nicht verlangen, daß ein anderer oder daß der Stellvertreter selbst in den Vertrag eintrete. . . . Der Stellvertreter hat nicht versprochen, daß der Vertretene erfüllen werde, sondern nur, daß er zur Erfüllung verpflichtet werde.“ Er könne demnach weder Erfüllung, noch das positive Interesse verlangen, da die „Verpflichtung als solche nicht geschützt werden könne.“ Er könne lediglich das negative Interesse verlangen. Gegen diese eigenartige Argumentation vgl. Zimmermann S. 291 f. A. 393.

[6]) S. 171; anscheinend auch RG. bei Bolze 10, 162.

[7]) S. 294.

Während aber noch die Kommission für die erste Lesung von dem Standpunkt des stillschweigenden Garantievertrags ausging, ließ man in der zweiten Kommission die Frage des der Haftung zugrundeliegenden Rechtsgedankens, über die keine Einigung zu erzielen war, offen. Der Streit über die ratio der Haftung ist denn auch mit der Anerkennung der Haftpflicht durch das Gesetz nicht verstummt. Die durch das gemeine Recht beeinflußte Literatur zum Bürgerlichen Gesetzbuch zog zur Begründung der Haftung immer wieder gemeinrechtliche Theorien heran. Ob und inwieweit diese tatsächlich noch für die endgültige Fassung des § 179 verwertet werden können, soll im folgenden untersucht werden.

Was zunächst den Gesichtspunkt der schuldhaften Schadensverursachung anbetrifft, so spricht in erster Linie der Wortlaut des Gesetzes dagegen. § 179 setzt weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit voraus. Diese Theorie [8]) erklärt auch nicht den Ausschluß der Haftung bei beschränkter Geschäftsfähigkeit des falsus procurator, ebensowenig könnte aus ihr ein Anspruch auf Erfüllung gefolgert werden [9]). Wenn Klupsch [10]) weiter meint, sie ließe auch den Ausschluß der Haftung bei Kenntnis oder Kennenmüssen des Mangels der Vertretungsmacht auf Seiten des Dritten unerklärt, so könnte dem entgegengehalten werden: in diesem Falle ließe sich, im Gegensatz zu der von ihm vertretenen Ansicht, sehr wohl von einem konkurrierenden Verschulden des Dritten sprechen; der im § 254 BGB. ausgesprochene Grundsatz des Ausschlusses oder der Einschränkung der Haftung werde in dem speziellen Falle des § 179 — bei Unterstellung einer Haftung für culpa — durch Abs. 3 S. 1 dieser Gesetzesvorschrift dahin eingeschränkt, daß hier niemals eine Beschränkung, sondern stets ein gänzlicher Ausschluß der Haftung eintrete.

Ebensowenig stichhaltig ist die Begründung der Haftung aus dem Garantievertrag [11]). Diese Theorie erklärt zwar den Ausschluß der Haftung des beschränkt Geschäftsfähigen, da die Eingehung des Garantievertrags der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf. Sie rechtfertigt auch die Ansprüche auf Erfüllung und Schadensersatz, sofern man unter letzterem Ersatz des positiven Interesses verstehen will, ist aber nicht in Einklang zu bringen mit der Einschränkung der Haftung im Falle des Abs. 2. Denn mit der Annahme eines Garantievertrages ist der Ersatz des negativen Interesses nicht vereinbar.
Gegen diese Theorie spricht auch folgendes:

Es sind drei Fälle denkbar: 1. Der Vertreter kennt den Mangel der Vertretungsmacht nicht; 2. der Vertreter weiß, daß er keine

---

[8]) für culpa in contrahendo hinsichtlich § 179 Abs. 2 Leonhard S. 329.

[9]) Vgl. Hupka S. 84.

[10]) S. 67.

[11]) für das BGB. vertreten von Brock S. 90.

Vertretungsmacht hat und daß die Genehmigung nicht erfolgen wird; 3. der Vertreter kennt den Mangel, handelt aber in der Erwartung, die Genehmigung werde erteilt werden.

Im ersten Falle ist nicht verständlich, warum der Vertreter, der sich nicht bewußt ist, daß er ohne Vertretungsmacht tätig wird, daran denken soll, für den Fall der Nichtwirksamkeit des Geschäfts ein Garantieversprechen abzugeben. Im zweiten Falle kann überhaupt keine Rede davon sein, daß der dolos handelnde Vertreter seinerseits eine Verpflichtung übernehmen will. Eine solche Willensrichtung ist nur im dritten Falle denkbar. Der Vertreter erklärt: ich weiß zwar, daß ich keine Vollmacht habe, zweifle aber nicht an der späteren Genehmigung, für deren Erteilung ich die Garantie übernehme. Das allein würde aber nicht genügen; hinzutreten müßte noch ein entsprechender Vertragswille beim Dritten, und dieser wird stets dann nicht vorhanden sein, wenn der Dritte seinerseits gar nicht daran denkt, daß der andere vielleicht ohne Vertretungsmacht handelt. Kennt der Dritte aber selbst den Mangel der Vertretungsmacht, so ist ja die Haftung nach Abs. 3 S. 1 überhaupt ausgeschlossen. Zweifelt er an ihrem Vorhandensein, so wird häufig ein Kennenmüssen im Sinne dieses Absatzes vorliegen, das gleichfalls die Haftung ausschließt. Ist letzteres aber nicht der Fall, so ist freilich eine dem Garantievertrag entsprechende Willensrichtung der Parteien denkbar. Es ist aber damit noch nicht gesagt, daß sie im konkreten Falle auch wirklich vorzuliegen braucht.

Gegen die Unterstellung einer stillschweigenden Garantieübernahme von Seiten des Vertreters spricht aber auch ein bereits von Mitteis auf dem Boden des gemeinen Rechts gegen diese Theorie angeführter Umstand. Mitteis [12]) meint, eine solche Garantie käme ökonomisch einer Versicherung gleich. Welches Interesse habe aber der Bevollmächtigte, seinem Mitkontrahenten eine derartige Versicherung zu erteilen. Man solle nur an die große Zahl von Vertretungen denken, die aus reiner Gefälligkeit übernommen werden.

In der Tat bleiben nur eine ganz geringe Anzahl von Fällen übrig, wo von einem Garantievertrag gesprochen werden kann. Im übrigen läuft diese Theorie auf eine bloße Fiktion hinaus, die zumindest für das geltende Recht jeder Berechtigung entbehrt [13]). Das gleiche gilt für die von Curtius aufgestellte Theorie.

Ebensowenig geeignet, die Haftung des falsus procurator zu erklären, erscheint die Theorie Gierkes von der bloßen Schadensverursachung [14]), die ebenso wie die Theorie der schuldhaften

---

[12]) S. 165.

[13]) S. Unger Handeln S. 35: „Auf dem Boden der Gesetzgebung hat jedoch eine solche Unterstellung und das Argumentieren daraus keinen Sinn;“ ebenso Hupka S. 85 f. Vgl. ferner Schloßmann II S. 391.

[14]) Für das BGB. auch Klupsch S. 67, vgl. dazu auch Meyer S. 90.

Schadenszufügung die Erfüllungshaftung und den Ausschluß der Haftung des beschränkt Geschäftsfähigen unerklärt läßt[15]).

Gegen die Theorie Zimmermanns spricht folgendes: Zunächst können daraus, daß der Dritte bei Genehmigung des Vertrags dem Vertretenden zu leisten gehabt hätte, keine Folgerungen gezogen werden für den tatsächlich eingetretenen Fall, daß diese Pflicht ihn nicht getroffen hat. Denn er ist ja nicht erfüllungspflichtig, hat also aus diesem Gesichtspunkt kein Interesse, vom Vertreter ein Aequivalent für das zu verlangen, was von ihm, dem Dritten, gar nicht mehr gefordert wird. Wenn aber dem Dritten wirklich ein Aequivalent geboten werden müßte für das Recht des Vertretenen, den Vertrag endgültig wirksam werden zu lassen, so folgt daraus noch nicht, daß gerade vom Vertreter dies Aequivalent verlangt werden kann. Zwischen der Ratihabitionsbefugnis des Vertretenen und der von Zimmermann verlangten Bindung des Vertreters besteht überhaupt kein innerer Zusammenhang[16]).

§ 2.

Der Rechtsgrund der Haftung aus § 179 BGB.

Erscheinen so die aus dem gemeinen Recht herrührenden Theorien nicht geeignet, die Haftung des falsus procurator aus § 179 BGB. zu begründen, so gilt das in gewissem Umfange auch für die nach dem Inkrafttreten des BGB. unternommenen neuartigen Versuche, diese Haftung auf dem Boden des geltenden Rechts zu erklären.

I.

Isay[1]) versuchte das von einem solchen neuen Gesichtspunkte aus. Gegenüber der Einheit der römischen obligatio verstehe es sich im germanischen Recht durchaus nicht von selbst, daß derjenige, welcher „schuldet", d. h. leisten solle, auch zugleich derjenige sei, welcher dem Gläubiger „gebunden", d. h. seinem Zugriff ausgesetzt sei, ihm „hafte". Der falsus procurator, der im fremden Namen versprochen hat, „schulde" zwar nicht aus seiner Willenserklärung, wohl aber „hafte" er aus ihr. Diese Anschauung ist von Hupka[2]) einer eingehenden Kritik unterzogen worden. Hervorgehoben seien folgende Argumente, die gegen die Isaysche Auffassung sprechen. Die stellvertretende Willenserklärung kann als solche, wie Hupka mit Recht ausführt, nur für denjenigen Wirkungen äußern, für den sie nach ihrem Inhalt zu wirken bestimmt ist; um auch den Vertreter durch

---

[15]) So auch Hupka S. 85 f. Isay (S. 254) läßt fälschlicher Weise aus dem Prinzip der Schadensverursachung einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung folgen.

[16]) So schon für das gemeine Recht Mitteis S. 168 f. Hupka S. 33.

[1]) S. 255 f.

[2]) S. 89 f.

die Abgabe der Willenserklärung verhaftet erscheinen zu lassen, bedarf es eines besonderen, außerhalb der Willenserklärung stehenden Grundes. Der Umstand ferner, daß sich die Haftung beim Irrtum über den Bestand der Vollmacht auf das negative Interesse beschränkt, würde sicherlich mehr bedeuten, als eine Modifikation des von Isay behaupteten Prinzips, kraft dessen der Vertreter aus seiner Erklärung begrifflich „für das haftet, was aus ihr geschuldet wird". Dazu kommt, daß die Haftpflicht des § 179 sich nicht als bloßes „Haften" im deutschrechtlichen Sinne darstellt, sondern als wirkliches „Schulden", ein Leistensollen des Vertreters mit besonderem vom Gesetz fixierten Inhalt [3]).

II.

Der von Isay unternommene Versuch, die Haftung aus § 179 zu erklären, hat denn auch keinerlei Zustimmung gefunden. Dagegen hat sich eine andere Ansicht durchgesetzt, die vom Standpunkt des geltenden Rechts aus zuerst von Hölder ausgesprochen wurde, die dann in der ihr von Hupka gegebenen näheren Begründung und Ausgestaltung Eingang in die Literatur gefunden hat, und die wohl heute als die herrschende zu bezeichnen ist. Hölder hatte so formuliert: „Ersatzpflichtig ist im Falle des Mangels der Vertretungsmacht der Vertreter dem andern Teil deshalb, weil er sich als ein derselben teilhaftiger zu erkennen gegeben hat [4])." Damit ist für das geltende Recht zum ersten Male der Gedanke ausgesprochen, daß die Haftung des Stellvertreters ohne Vertretungsmacht auf der Vollmachtsbehauptung als solcher beruhe [5]).

Diesen Gedanken im einzelnen näher entwickelt zu haben, ist das Verdienst Hupkas, dessen Rechtsgrunddefinition als die herrschende im folgenden einer eingehenden Kritik unterzogen werden soll [6]).

Hupka geht von der allgemeinen Erwägung aus, daß, wer einen anderen durch das Vorgeben von Tatsachen, von denen die Wahr-

---

[3]) So Hupka S. 90 f.

[4]) S. 377.

[5]) Ansätze dazu, die Haftung des falsus procurator aus diesem Gedanken zu erkären, finden sich bereits in der Literatur zum alten HGB., so in dem Kommentar von Anschütz-v. Völlerndorf: „Man wird den Grund der Haftung des unbefugten Stellvertreters einfach darin zu finden haben, daß derselbe als Bevollmächtigter sich ausgegeben hat, obwohl er in Wahrheit keine Vollmacht hatte." S. 316.

[5]) Angedeutet findet sich dieser Gedanke auch bei Keyßner S. 507 f.; vgl. ferner aus der Literatur zum alten HGB.: Leonhard S. 357, v. Hahn S. 287.

[6]) Soweit sich Abweichungen von der Hupkaschen Definition in der Literatur finden, handelt es sich lediglich um solche in der Formulierung, nicht im Inhalt.

heit oder die gehörige Erfüllung eines Rechtsgeschäfts abhängt, zum Abschluß dieses Geschäfts bestimmt, für die Wahrheit oder doch zum mindesten für die Unschädlichkeit seines Vorgebens einstehen muß [7]). Auf diesem Gedanken beruhten u. a. die Vorschriften der §§ 171, 172, 409, 576 BGB. Dieser selbe Gedanke spiele aber auch mit bei der Haftung des Promittenten wegen ursprünglicher Unmöglichkeit der versprochenen Leistung, bei der Gewährleistungspflicht des Veräußerers, Vermieters, Verpächters wegen Mängel der Sache und wegen Mängel im Recht. Die Einheitlichkeit des Grundgedankens werde auch nicht dadurch aufgehoben, daß das Gesetz den einzelnen Falltypen eine individualisierende Behandlung angedeihen lasse. In dem einen Falle knüpfe es die Haftung schon an die bloße objektive Unwahrheit der Behauptung, in dem andern Falle setze es auch das Bewußtsein ihrer Unwahrheit voraus; bald werde der Behauptende gezwungen, seine Behauptung wahr zu machen, bald werde ihm nur die Haftung dafür auferlegt, was der andere haben würde, wenn die Behauptung nicht gemacht worden wäre usw. [8]).

Die Haftung des falsus procurator sei ebenfalls ein solcher Anwendungsfall des Prinzips der „Behauptung als Verpflichtungsgrund“. Ihr Rechtsgrund sei die „mit dem stellvertretenden Handeln verbundene Behauptung des Vertreters, Vertretungsmacht zu besitzen und die vom Gesetz anerkannte Notwendigkeit, den guten Glauben des Dritten an die Wahrheit dieser Behauptung zu schützen“ [9]).

§ 3.

Kritik der herrschenden Lehre, insbesondere der Hupkaschen Formulierung.

Es kann dahingestellt bleiben, ob sich ein allgemeines Prinzip der „Behauptung als Verpflichtungsgrund“ in dem von Hupka gemeinten Sinne aus den Vorschriften des BGB. herleiten läßt [1]). Daß sich aber in dem speziellen Falle des § 179 die in dieser Gesetzesvorschrift ausgesprochene Haftung am ungezwungensten auf die stillschweigende oder ausdrückliche Vollmachtsprätension des falsus pro-

---

[7]) S. 93.

[8]) S. 93 f.

[9]) S. 91. Aus der Literatur, die sich dieser Definition angeschlossen hat, seien hervorgehoben: Kipp S. 223, Kiehl (Ziv.-Prozeß) 33 S. 547, Steines S. 14, Fluhme S. 34, Grosche S. 37 f., vgl. auch Crome S. 471, der das getäuschte Vertrauen des Dritten inden Vordergrund rückt, sowie Oertmann S. 550, Planck (1913) S. 472.

[1]) Zweifelnd Kipp S. 221 f.; wie Hupka auch Fluhme S. 34; Grosche S. 38, der als weitere Fälle der Behauptung als Verpflichtungsgrund die §§ 824, 437, 2376 BGB. anführt; anscheinend dafür auch Kiehl (Z. f. Ziv.-Proz.) S. 548.

curator zurückführen läßt und daß sich kaum etwas gegen die herrschende Lehre einwenden läßt, soweit sie, allgemein ausgedrückt, den Rechtsgrund der Haftung in der fälschlichen Behauptung des Vertreters und der dadurch erzeugten Schutzbedürftigkeit des Dritten erblickt, kann nicht bezweifelt werden, wenn man sieht, daß sich der Inhalt des Gesetzes mit dieser Theorie am besten in Einklang bringen läßt. Sie erklärt den Ausschluß der Haftung sowohl des beschränkt Geschäftsfähigen als auch den Wegfall der Haftung gegenüber dem Dritten, der die Unwahrheit der Behauptung kannte oder kennen mußte [2]), Vorschriften, an denen in erster Linie die andern Versuche, die Haftung des Pseudovertreters zu erklären, scheitern mußten. Es ist nun das Verdienst Hupkas, den von Hölder zuerst erkannten Grundgedanken der Haftung zu einer vollständigen Rechtsgrundtheorie ausgebaut zu haben. Hölder begnügt sich damit, den subjektiven Grund für die Verpflichtung des Vertreters, nämlich die fälschliche Vollmachtsbehauptung, anzugeben. Das war aber noch keine Bestimmung der ratio legis als solcher. Eine vollständige Rechtsgrundtheorie erforderte die Angabe des spezifischen Grundes der aus dieser Behauptung resultierenden Berechtigung des Dritten. Und diese erblickt Hupka in der vom Gesetz anerkannten Notwendigkeit, „den guten Glauben des Dritten an die Wahrheit dieser Behauptung zu schützen“.

Diese Formulierung scheitert aber an dem Abs. 2 des § 179, der nicht den guten Glauben des Dritten an die Wahrheit der Vollmachtsprätension schützt, sondern das anders geartete Einstehen des Vertreters für die Unschädlichkeit seines Vorgebens verlangt. Das soll im folgenden klargestellt werden.

Hupka sagt: der Abs. 2 enthält einen „Ausnahmetatbestand“, „eine Durchbrechung des Prinzips“. Gedankenmäßig bliebe die Haftungsart des § 179 Abs. 2 immer eine Ausnahme von der vollkommenen Haftung des ersten Absatzes. „Daß dies die Tendenz des Gesetzes ist, ergibt sich deutlich aus der Fassung des § 179, der zuerst generell die Verpflichtung des Vertreters zur Erfüllung oder zum Schadensersatz ausspricht, um erst dann für den Fall der Unkenntnis des Vertreters etwas Besonderes zu bestimmen. Dieser prinzipielle Standpunkt hat die praktische Folge, daß es im Prozeß um die Haftung nicht Sache des Dritten ist, wenn er die Vollhaftung des Vertreters in Anspruch nimmt, dessen Kenntnis, sondern umgekehrt Sache des Vertreters, wenn er die Vollhaftung ablehnt, seine Unkenntnis zu behaupten und zu beweisen“ [3]). So Hupka, nachdem er in unvereinbarem Widerspruch mit dieser Stelle — freilich 160 Seiten früher — die Theorie vom Garantievertrag u. a. an diesem „Ausnahmetatbestand“ des Abs. 2 hat scheitern lassen [4]).

---

[2]) Näheres s. Hupka S. 178 ff.
[3]) s. Hupka S. 246.
[4]) S. 88 o.

In Wirklichkeit ist mit dem Wort „Ausnahmetatbestand“ nichts gesagt. Tatsächlich ist die Umkehrung der Beweislast nicht die Folge der „Durchbrechung des Prinzips“, sondern seine Ursache. Genau genommen gibt es gar keinen „Ausnahmetatbestand“ des materiellen Rechts. Das Gesetz stellt zwei mehr oder weniger verschiedene Tatbestände auf, an denen es zwei mehr oder weniger verschiedene Rechtsfolgen knüpft. Die Tatsache, daß einer dieser Tatbestände zuerst im Gesetz geregelt und daran anschließend der zweite Tatbestand erst genannt wird, und zwar in der Weise, daß dieser Tatbestand, soweit er den Tatbestand der an erster Stelle stehenden Vorschrift ganz oder teilweise mitenthält, nicht wörtlich diesen mit dem vorher gehenden Tatbestand sich deckenden Teil wiederholt, sondern nur das hervorhebt, was ihn von dem ersten Tatbestand unterscheidet — das mehr-oder-weniger oder andere an Tatbestandsmerkmalen hervorhebt —, diese Tatsache beruht lediglich entweder auf rein sprachlich-technischen Gründen oder darauf, daß das Gesetz zugleich die Beweislast regeln will. In diesem Fall enthält der zweite Satz zwar eine „Ausnahme“, aber nur im formellen Sinn, d. h. eine „Ausnahme“ von der Regelung der Beweislast im ersten Satz.

Genau so wenig, wie der § 433 eine Ausnahme des § 823 BGB. darstellt oder umgekehrt, ebensowenig bildet der Abs. 2 des § 179 eine Ausnahme des Abs. 1 dieser Vorschrift. Der ganze Unterschied besteht nur darin, daß die beiden letztgenannten Gesetzesvorschriften an gemeinsamer Stelle im Gesetz geregelt sind und daß sie einen Teil ihrer Tatbestände gemeinsam haben. Das ist aber zunächst etwas rein Aeußerliches. Darüber hinaus kann — nicht muß — es bedeuten, daß diese Gemeinsamkeit von Tatbestandsmerkmalen auch gemeinsame Gesichtspunkte bezüglich der Auslegung zweier solcher Gesetzesvorschriften im Gefolge hat.

Das geht auch aus folgender Ueberlegung hervor: Man nehme an, das Gesetz hätte folgenden Wortlaut: „Wer als Vertreter ohne Vertretungsmacht, ohne Kenntnis des Mangels seiner Vertretungsmacht, einen Vertrag geschlossen hat, ist, wenn der Vertretene die Genehmigung des Vertrages verweigert, zum Ersatz desjenigen Schadens verpflichtet, welchen der andere Teil dadurch erleidet, daß er auf die Vertretungsmacht vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Wirksamkeit des Vertrages hat. — Hat der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht gekannt, so ist er dem andern Teil nach dessen Wahl zur Erfüllung oder zum Schadensersatz verpflichtet.“ Würde das Gesetz — und materiell steht dem gar nichts im Wege — so lauten, so würde man behaupten, der erste Absatz ist das „Prinzip“, der zweite die „Durchbrechung“, die „Ausnahme“, obwohl das Gesetz sich nur sprachlich und bezüglich der Beweislast — also formell —, in bezug auf seinen tatsächlichen Inhalt aber — also materiell — nicht im geringsten geändert haben würde. In Wirklichkeit ist der Begriff eines —

materiellen — Ausnahmetatbestandes eine Konstruktion, unter der man sich rein gar nichts vorstellen kann. Dieser Ausdruck ist nichts weiter als ein bequemes Hilfsmittel, über die Tatsache der Unvereinbarkeit eines Rechtssatzes, der „Ausnahme“ mit dem Prinzip, das man in einem andern Rechtssatz, der „Regel“, gefunden zu haben glaubt, oder mit irgendeiner Auslegung dieses Rechtssatzes hinwegzukommen. In Wirklichkeit erklärt sich die „Ausnahme“ daraus, daß man zwei, sowohl hinsichtlich ihrer ratio legis als auch bezüglich der übrigen Gesichtspunkte, die ihrer Auslegung zugrunde zu legen sind, völlig verschiedene Rechtssätze, die zufällig einen Teil ihres Tatbestandes gemeinsam haben und aus sprachtechnischen Gründen oder aus Gründen der Beweislastregelung an derselben Gesetzesstelle, etwa im gleichen Paragraphen stehen, fälschlich unter gleichen Gesichtspunkten behandeln will. Sie kann sich aber auch daraus erklären, daß man in dem Falle, in dem solche Stellen tatsächlich auf demselben Rechtsgrund beruhen, für deren Auslegung daher auch gleiche bzw. verwandte Gesichtspunkte zu gelten haben, nicht den wirklichen Rechtsgrund gefunden hat oder nur den auf einen dieser Rechtssätze passenden, von dem dann der andere die Ausnahme darstellen soll. Man kann freilich sagen: Dieser Tatbestand ist im praktischen Leben die Regel, jener die Ausnahme. Nur soweit hat das Wort Ausnahmetatbestand einen Sinn. Für den § 179 trifft aber selbst das nicht einmal zu, da praktisch die Kenntnis des Vertreters vom Mangel seiner Vertretungsmacht eine Ausnahme bilden wird. Das gibt auch Hupka zu [5]).

Nun steht zwar nichts im Wege, zwei verschiedene Gesetzesbestimmungen, deren Tatbestände zum Teil zusammenfallen, auch, soweit es diese Teilkongruenz der Tatbestände erlaubt, wenn sie innerlich zusammengehören, unter denselben rechtlichen Gesichtspunkten zu behandeln, also auch einen gemeinsamen Rechtsgrund für diese Gesetzesbestimmungen zu suchen. Dann kann man aber bezüglich des § 179 mit Rücksicht auf den verschiedenen Inhalt der Haftung der beiden ersten Absätze dieser Gesetzesvorschrift nicht sagen — wie es Hupka [6]) tut — sein Rechtsgrund sei die Notwendigkeit, den guten Glauben des Dritten *an die Wahrheit dieser Behauptung* zu schützen, denn das scheitert an der Rechtsfolge des Tatbestandes des zweiten Absatzes, der nur das negative Interesse schützt. vielmehr kann man, wenn man den Rechtsgrund dieser beiden sich nur in einem Punkte voneinander unterscheidenden Tatbestände formulieren will, nur allgemein sagen: *Rechtsgrund der Haftung ist das vom Gesetz anerkannte Schutzbedürfnis des durch die unwahre Vollmachtsbehauptung des Vertreters zum Geschäftsabschluß bestimmten redlichen Dritten.*

[5]) S. 246.
[6]) S. 91.

Diese Formulierung ist zwar unbestimmter als die Hupkas, sie hat aber vor ihr zwei Vorzüge, erstens: Sie umfaßt auch den zweiten Absatz des § 179, und zweitens: Sie nimmt die Bestimmung des Inhalts der Haftung nicht voraus. Denn das ist die Gefahr der Hupkaschen Formulierung: Sie bestimmt, wenn sie sagt, Rechtsgrund sei die Notwendigkeit, den guten Glauben des Dritten *an die Wahrheit* der Vollmachtsbehauptung zu schützen, vorweg den Inhalt der Haftung selbst. Ist dies nämlich wirklich der Rechtsgrund der Haftung, so muß man folgerichtig den Dritten so stellen, als ob die Behauptung wahr wäre, denn sonst wäre ja sein guter Glaube im Sinne dieser Theorie nicht geschützt. Wer aber diesen Standpunkt einnimmt, muß notwendig dazu gelangen, das Wort Schadensersatz im Sinne des Erfüllungsinteresses auszulegen. Die Formulierung Hupkas versperrt demnach den Weg zu einer freien d. h. durch keine petitio principii gebundenen Auslegung des Inhalts des § 179, weil sie, obwohl sie nur über den Rechtsgrund aussagen will, in Wirklichkeit auch die Bestimmung des Inhalts der Haftung vorwegnimmt.

Zweiter Hauptteil.

Der Schadensersatzanspruch des § 179 Abs. 1 BGB. als Anspruch auf Ersatz des unbeschränkten negativen Interesses. Kritik der Lehre von der positiven Vollmachtsgewähr des § 179 Abs. 1.

§ 4.

Das Argument aus dem Widerspruch der herrschenden Lehre mit der Alternativhaftung auf Erfüllung: Gleichartigkeit von Erfüllungs- und Schadensersatzanspruch.

Die Haftung des falsus procurator auf Erfüllung nach § 179 Abs. 1 BGB. bestimmt sich nach der allgemeinen Ansicht inhaltlich dahin, daß der Vertreter dem Dritten das zu leisten hat, was der Vertretene selbst im Falle der Wirksamkeit des Vertrags auf Grund dieses zu leisten gehabt hätte [1]).

Die Auslegung des Schadensersatzbegriffes, mit der wir es im folgenden allein zu tun haben werden, geht übereinstimmend dahin, daß darunter der Ersatz des positiven Interesses zu verstehen sei. Danach hat der Dritte ein Recht auf Ersatz desjenigen Schadens, den er dadurch erleidet, daß das Geschäft nicht so, wie es geschlossen ist, also mit Wirkung gegen den Vertretenen, wirksam geworden ist [2]), daß er Erfüllung vom Vertretenen nicht beanspruchen kann, daß folglich von dessen Seite der Vertrag so wie er abgeschlossen war, nicht erfüllt wird [3]). Diese Ansicht stützt sich hauptsächlich auf drei Momente: auf die Redaktionsgeschichte, auf die Parallele mit dem

---

[1]) so u. a. RGR. Kom. S. 263, Staudinger (1925) S. 730, Planck (1913) S. 473, Oertmann S. 547, Enneccerus I 1 S. 464, Steines S. 30, Fluhme S. 39, Panthen S. 45; vgl. auch f. d. alte HGB. Behrend S. 359.

[2]) Enneccerus I 1 S. 464.

[3]) Grosche S. 54; für das positive Interesse ferner u. a. Planck (1913) S. 474, Rehbein S. 281, Crome S. 471, RG. Kom. S. 263, Soergel S. 230, Oertmann S. 548, Kuhlenbeck S. 145, Hupka S. 229, Panthen S. 45, Steines S. 30, Fluhme S. 40; für das alte HGB. Behrend S. 358; vgl. für das frühere Recht auch Unger (Grünhut) S. 679.

Erfüllungsanspruch und auf das argumentum e contrario aus Absatz 2 [4]).

Was nun unter Schadensersatz im Sinne des positiven Geschäftsinteresses zu verstehen ist, konnte freilich im Hinblick auf § 249 BGB. nicht unbestritten bleiben, wenn man davon ausging, daß der zum Ersatz verpflichtende Umstand der Mangel der Vertretungsmacht und der Genehmigung sei. Welcher Zustand würde bestehen, wenn dieser Umstand nicht eingetreten wäre? Nach einer in früheren Auflagen des Planckschen Kommentars (so noch die 3. Aufl.) vertretenen Ansicht ist es der durch den Vertrag bezweckte; es müsse unter dem nach § 249 herzustellenden Zustand nicht das wirksame Geschäftsverhältnis, sondern der rechtliche Enderfolg dieses Verhältnisses verstanden werden, der Dritte könne auf Grund des Schadensersatzanspruches des § 179 Abs. 1 in erster Linie nur die Herstellung jenes rechtlichen Enderfolges, also die „Erfüllung" verlangen. Da der Schadensersatzanspruch zunächst auf Naturalrestitution gehe, würde er wiederum zu dem Anspruch auf Erfüllung führen [5]).

Gegen diese Auffassung hat man eingewandt, daß sie an der Alternative des § 179 Abs. 1 scheitere, denn diese Alternative habe keinen Sinn, wenn die Erfüllung auch und in erster Linie in dem Schadensersatzanspruch enthalten wäre; sie habe nur dann einen vernünftigen Sinn, wenn beide Glieder einander begrifflich ausschlössen [6]). Der Ersatz des positiven Interesses nach der zweiten Alternative des § 179 Abs. 1 sei vielmehr immer Geldersatz. Ein Naturalersatz im Sinne von § 249 BGB. sei hier nicht möglich. Der nach § 249 herzustellende Zustand sei nämlich kein anderer als die Rechtswirksamkeit des im Namen des Vertretenen abgeschlossenen Geschäfts. Dieser Zustand aber ließe sich, nachdem einmal das Geschäft durch die Verweigerung der ratihabition definitiv entkräftet sei, nicht mehr herstellen [7]).

Dem ist entgegenzuhalten, daß der nach § 249 herzustellende Zustand nicht die Wirksamkeit des Vertrags als solche ist, sondern diejenige Sachlage, die bestehen würde, wenn der Vertrag wirksam gewesen wäre; das sind zwei verschiedene Dinge. § 249 verlangt nicht, daß der Umstand wieder beseitigt würde, der zum Schadensersatz verpflichtet, hier — nach der allgemeinen Ansicht — das Fehlen

---

[4]) Ob diese Momente stichhaltig sind, wird weiter unten zu untersuchen sein.

[5]) Ebenso Staudinger in der 7.—8. Aufl. 1912 S. 659, anscheinend zustimmend Kaufmann S. 180; vgl. auch Hellmann Vorträge S. 109, Staub S. 291.

[6]) so insbes. Hupka S. 232.

[7]) Hupka S. 231; so auch Grosche S. 54 f.; für Geldersatz u. a. auch Kiehl (Ziv.-Proz.) S. 550, Staudinger in der 9. Aufl. 1925 S. 730, Planck unter Aufgabe der früheren Ansicht in der 4. Aufl. 1913 S. 474, Kipp S. 228.

der Vertretungsmacht. Das ist begrifflich überhaupt nicht möglich. Naturalrestitution im Sinne von § 249 bedeutet vielmehr Herstellung des Zustandes, der ohne diesen Umstand bestehen würde. Der zum Ersatz Verpflichtete hat dem andern seinerseits das zu gewähren, was dieser ohne ihn, beim Fehlen jenes Umstandes, gehabt hätte. Würde der Dritte ohne den zum Ersatz verpflichtenden Umstand, nämlich — nach der allgemeinen Ansicht — die Unwirksamkeit des Vertrags, 100 Zentner Weizen gehabt haben, so hat der zur Naturalrestitution verpflichtete Pseudovertreter nicht die Wirksamkeit des Vertrags, auf Grund dessen 100 Zentner Weizen zu liefern sind, zu bewirken, sondern er hat dem andern das zu leisten, was er bei Wirksamkeit des Vertrags gehabt hätte, nämlich 100 Zentner Weizen. Allgemein ausgedrückt: Der nach § 249 herzustellende Zustand besteht nicht darin, den Vertretenen dem Dritten unmittelbar berechtigt und verpflichtet zu machen, sondern dem Dritten das zu verschaffen, was er haben würde, wenn der Vertretene dem Dritten gegenüber unmittelbar berechtigt und verpflichtet wäre. Geldentschädigung kann erst dann verlangt werden, wenn im Einzelfalle die Voraussetzungen der §§ 250, 251 vorliegen.

Die Ansicht Hupkas beruht auf einer Verkennung des Begriffs der Naturalrestitution im Falle des § 179[8]). Es ist Planck beizustimmen, wenn er es ablehnt, als Leistungspflicht des falsus procurator auf Grund des Schadensersatzanspruches die Herstellung der Wirksamkeit des Vertrags zu bezeichnen. Gewiß, ohne Fehlen der Vertretungsmacht würde der Vertrag wirksam gewesen sein. Die Naturalrestitution besteht aber nicht in der nachträglichen Beseitigung dieses Fehlens der Vertretungsmacht, des vom Standpunkt der allgemeinen Ansicht aus zum Ersatz verpflichtenden Umstandes, sondern darin, den Dritten wirtschaftlich so zu stellen, wie er ohne diesen Umstand stehen würde[9]).

Rein begrifflich kann überhaupt niemals ein Zustand, der bebestehen würde, wenn ein Ereignis nicht eingetreten wäre, hergestellt werden. Die sogen. Naturalrestitution des § 249 BGB. führt ihren

---

[8]) Den gleichen Irrtum begeht Grosche S. 54.

[9]) vgl. Oertmann S. 548: „Man kann annehmen, daß der herzustellende Zustand nicht sowohl in der Herbeiführung eines Vertrags zwischen dem Dritten und dem Vertretenen, sondern in der Herstellung des Erfolges zu finden sei, wie er sich aus solchem Vertrage ergeben würde, d. h. in der Verschaffung eines entsprechenden Leistungserfolges. Und diesen kann möglicherweise auch der Vertreter erbringen ... Daß diese Auffassung Plancks logisch möglich sei, dürfte nicht bestritten werden können.“ Trotzdem lehnt Oertmann die Schlußfolgerung Plancks ab, da nicht anzunehmen sei, daß das Gesetz dem Vertragsgegner den Ersatzanspruch nach Wahl neben dem Erfüllungsanspruch gewährt habe, um ihm zuletzt doch damit nichts anderes zu verschaffen als ihm der Erfüllungsanspruch bietet.

Namen nicht ganz mit Recht. Ein zerbrochener Stuhl, der wieder repariert wird, ist nicht in demselben Zustand wie der alte unzerbrochene Stuhl. Er kann — rein begrifflich — überhaupt nicht wieder in den Zustand versetzt werden, der bestehen würde, wenn er nicht zerbrochen worden wäre. Das Recht kann aber mit einer solchen begrifflichen Betrachtungsweise nicht operieren. Es fingiert einfach die Gleichheit des herzustellenden Zustandes mit dem Zustande, der ohne das schädigende Ereignis bestünde, auf Grund der Tatsache, daß diese Zustände als wirtschaftlich gleichwertig angesehen werden können [10]).

Der Widerspruch, der nun darin liegt, daß die in ihrem Grundgedanken richtige Plancksche Ansicht [11]) dem Dritten auf Grund des Schadensersatzanspruches etwas zubilligt, was dieser auch durch den Erfüllungsanspruch erlangen könnte, die Alternative des § 179 demnach, wie Hupka an und für sich richtig bemerkt, keinen vernünftigen Sinn hätte, kann nun freilich nicht, wie es versucht wird, dadurch gelöst werden, daß man sich einfach über den § 249 hinwegsetzt, den § 179 von dem Grundsatz, daß jeder Schadensersatzanspruch zuerst auf Naturalrestitution geht, ausnimmt und dem Dritten, ohne daß die Voraussetzungen der §§ 250 f. vorliegen, einen Geldersatzanspruch zubilligt.

In Wirklichkeit sind die Konsequenzen der Planckschen Ansicht aus der Auslegung des Schadensersatzes im Sinne des positiven Interesses im Hinblick auf § 249 BGB. nicht zu vermeiden. Es fragt sich nur, ob die Fehlerquelle, die diese Ansicht mit Rücksicht auf die Alternative des § 179 enthalten muß, nicht in der Voraussetzung liegt, von der Planck, mit der allgemeinen Ansicht übereinstimmend, ausgeht, d. h. ob tatsächlich der Schadensersatz des Abs. 1 des § 179 Ersatz des positiven Geschäftsinteresses bedeutet.

§ 5.

Kritik der Begründung der herrschenden Ansicht aus der Redaktionsgeschichte.

Für die herrschende Lehre spricht zunächst die Entstehungsgeschichte des § 179. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß sowohl die erste als auch die zweite Kommission mit dem Anspruch auf

---

[10]) Staudinger (1927) S. 132 drückt das so aus: „Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, im wörtlichen Sinne ist unmöglich. Nichts kann ungeschehen gemacht werden. Der wiederherzustellende Zustand kann deshalb dem früheren niemals buchstäblich gleich, sondern nur gleichwertig sein. Herstellung des früheren Zustandes bedeutet deshalb nicht Herstellung eines identischen, sondern eines praktisch gleichen, eines wirtschaftlich gleichwertigen Zustandes."

[11]) Gemeint ist natürlich hier, wie im folgenden, die frühere Ansicht des Planckschen Kommentars.

Schadensersatz dem Dritten den Ersatz des positiven Interesses zubilligen wollten. Das geht sowohl aus den Motiven als auch aus den Protokollen unzweideutig hervor. In der Kommission der ersten Lesung war man sich darüber einig, „daß jeder, der als ermächtigter Vertreter auftritt, ohne Rücksicht darauf, ob ihn eine Fahrlässigkeit trifft, dafür einzustehen habe, daß Vertretungsmacht vorhanden sei oder doch die Genehmigung des Vertretenen nachträglich hinzutrete ... desgleichen ist die Haftung des Vertreters ebenfalls auf das positive Interesse, das Erfüllungsinteresse, zu erstrecken“ [1]). Dabei ging man vom Artikel 55 des alten HGB. aus — „der Dritte kann nach seiner Wahl ihn auf Schadensersatz oder Erfüllung belangen“ —, da die herrschende Ansicht den Schadensersatz des Art. 55 als Ersatz des positiven Interesses auffaßte, sowie vom Art. 95 WO., der — freilich eindeutig — bestimmte: „wer eine Wechselerklärung als Bevollmächtigter eines anderen unterzeichnet, ohne dazu Vollmacht zu haben, haftet persönlich in gleicher Weise wie der angebliche Machtgeber gehaftet haben würde, wenn die Vollmacht erteilt gewesen wäre“, ferner vom § 789 des Sächsischen BGB., wonach der Vertreter so haftet, „als ob er den Vertrag für seine Person geschlossen hätte oder für Schadensersatz“, wobei unter letzterem Anspruch ebenfalls das positive Interesse verstanden wurde.

Die Unterstellung des positiven Interesses beim „Schadensersatz“-Anspruch erklärt sich aber neben dem Einfluß der Auslegung, den der Begriff des positiven Interesses in den angeführten Gesetzesvorschriften erfahren hatte, daraus, daß man von einem stillschweigenden Garantieversprechen ausging [2]), eine Voraussetzung, die der Normierung der Haftung durch die zweite Kommission aber nicht mehr zugrundelag. Man übernahm zwar in der zweiten Kommission die Ausdrücke „Schadensersatz“ und „Erfüllung“ des Art. 55 des alten HGB. und verstand dabei unter Schadensersatz das positive Geschäftsinteresse. Die Voraussetzung, unter der jene Auslegung des Schadensersatzbegriffes die gegebene war, hatte man jedoch in dieser Kommission als zweifelhaft fallen lassen, nämlich die Annahme eines stillschweigenden Garantievertrags [3]). Trotzdem übernahm die Literatur zum BGB., obwohl sie ebenfalls nicht mehr von dieser Voraussetzung ausging, jene Auffassung des Schadensersatzes der zweiten Kommission, ohne zu prüfen, ob dieses Wort im § 179 BGB. noch die Bedeutung haben konnte, die es bei Unterstellung eines Garantievertrags haben mußte.

Die Tatsache, daß die zweite Kommission, auf deren Entschlüssen die endgültige Fassung des § 179 beruht, dem Dritten den Ersatz des positiven Interesses zubilligen wollte, hindert nun aber keineswegs,

---

[1]) Motive S. 244.

[2]) Motive S. 244.

[3]) s. Protokolle S. 158 f.

zu untersuchen, ob der Wille des Gesetzgebers im Gesetz auch zum Ausdruck gekommen ist, ob das Gesetz in der Tat nun auch dem Dritten das gibt, was seine Verfasser ihm zubilligen wollten. Denn Ziel der Auslegung ist nach der herrschenden Ansicht nicht, den Willen des Gesetzgebers zu vermitteln, sondern die Feststellung des objektiven Sinnes des Gesetzes [4]). „Entscheidend für die Auslegung des Gesetzbuches kann aber nur dieses selbst sein, die Auffassung derjenigen, welche das Gesetzbuch verfaßt haben, ist unzweifelhaft ein wichtiges Auslegungsmittel, entscheidend ist sie nicht. Hat die Auffassung der Verfasser einen entsprechenden Ausdruck im Gesetzbuche selbst nicht gefunden, ergibt vielmehr der Wortlaut des Gesetzbuches und der Zusammenhang seiner Vorschriften einen anderen Sinn, so ist dieser maßgebend“ [5]).

§ 6.

Die Verwechselung der Haftungsvoraussetzungen mit dem zum Ersatz verpflichtenden Umstand. Die „Gleichstellung“ des Schadensersatzanspruchs mit dem Erfüllungsanspruch.

Ausgangspunkt für die Untersuchung, welches der Inhalt der Schadensersatzpflicht des falsus procurator nach Abs. 1 des § 179 BGB. ist, muß die Klärung der Frage sein: Welches ist der den falsus procurator zum Ersatz verpflichtende Umstand im Sinne von § 249 BGB.?

Die allgemeine Ansicht geht dahin, der zum Ersatz verpflichtende Umstand sei der Mangel der Vertretungsmacht und die Verweigerung der Genehmigung. Der Nachweis dafür ist bislang aber von niemandem erbracht worden. Es ist nicht einmal der Versuch gemacht worden, diese Behauptung einer eingehenden Prüfung zu unterziehen. Offenbar durch die äußere Form der Gesetzesvorschrift — „Wenn er seine Vertretungsmacht nicht nachweist“ und „wenn der Vertretene die Genehmigung des Vertrags verweigert“ — bestimmt, hat man diese — ganz selbstverständlichen — Voraussetzungen der Haftung mit dem zum Ersatz verpflichtenden Umstand verwechselt. Die Folge war, daß man bei der Untersuchung der Frage, was unter Schadensersatz im Sinne des Abs. 1 zu verstehen sei, ausging von der Frage, welcher Zustand würde bestehen, wenn bei Abschluß des Vertrages Vertretungsmacht vorgelegen hätte bzw. der Mangel der Vertretungsmacht durch Genehmigung geheilt worden wäre? Bei dieser Fragestellung mußte man zu dem Ergebnis gelangen: zu ersetzen ist derjenige Schaden, der dem Vertragsgegner daraus entstanden ist, daß der Vertrag dem Vertretenen gegenüber nicht wirksam geworden ist, d. h. das positive Interesse, ein Ergeb-

---

[4]) Staudinger S. 18.
[5]) Planck S. 45.

nis, das freilich zu so überraschenden und widerspruchsvollen Folgerungen führt, daß, wie Planck folgerichtig ausgeführt hat, dieser Schadensersatzanspruch mit dem Erfüllungsanspruch zusammenfiel, ein Ergebnis, um das sich die herrschende Lehre dann freilich mit Hilfe einer etwas gekünstelten, mit dem Gesetz, insbesondere § 249 BGB., in Widerspruch stehenden Konstruktion herumhalf.

In Wirklichkeit ging man bei der Auslegung des Schadensersatzbegriffes in Abs. 1 von einer petitio principii aus. Wenn es heißt, der Vertreter haftet, „sofern er nicht seine Vertretungsmacht nachweist", so wird dadurch nicht eine besondere negative Voraussetzung des Anspruchs gegen den Vertreter bestimmt, sondern lediglich eine Regelung der Beweislast zu ungunsten des Vertreters vorgenommen. Materielle Voraussetzung für die Haftung ist der Mangel der Vertretungsmacht, nicht ihre praktische Unerweislichkeit [1]). Das dürfte wohl unbestritten sein. Es könnte demnach auch, ohne Veränderung des materiellen Gesetzesinhalts, d. h. ohne Rücksicht auf die Beweislast, heißen: „Wer als Vertreter ohne Vertretungsmacht einen Vertrag geschlossen hat, ist dem andern Teil nach dessen Wahl usw." Was die Vorschrift, daß die Verpflichtung des falsus procurator nur dann eintritt, wenn der Vertretene die Genehmigung verweigert, anbetrifft, so ist sie selbstverständliche Voraussetzung für den Eintritt der Haftung des falsus procurator. Solange nämlich der Vertretene sich nicht erklärt hat, ob er die Genehmigung erteile oder verweigere, ist die Wirksamkeit des Vertrags in der Schwebe. Genehmigt der Vertretene, so wirkt diese Zustimmung auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zurück, d. h. die Rechtslage ist die gleiche, als ob von vornherein Vertretungsmacht vorgelegen hätte. In diesem Falle, so könnte man etwa konstruieren, ist der Vertreter kein „falsus" procurator mehr, er wird nachträglich rückwirkend „echter" Vertreter. Demnach kommt auch eine Haftung nicht mehr in Frage.

Ebensowenig ist aber für eine Haftung Raum, solange der Vertrag schwebend unwirksam ist. Eine solche Haftung stände im Widerspruch mit der vom Gesetz anerkannten Notwendigkeit, die vollmachtslose Stellvertretung für den Rechtsverkehr zuzulassen (§ 177 BGB.). Daraus folgt, und das ergibt sich auch aus den zum Rechtsgrund der Haftung gemachten Ausführungen: Für eine Haftung ist erst dann Raum, wenn feststeht, daß der Vertrag endgültig unwirksam ist. Die Verweigerung der Genehmigung — bezw. das ihr gleichstehende Verstreichenlassen der Frist des § 177 Abs. 2 — ist danach selbstverständliche Voraussetzung der Haftung. Die Voraussetzung für den Eintritt einer Haftung ist aber nicht schlechthin gleichbedeutend mit dem diese Haftung erzeugenden Verpflichtungsumstand. So ist der Eintritt eines Schadens selbstverständliche Voraussetzung für die in den Deliktsvorschriften des BGB. (§§ 823 f.) ausgesprochene

---

[1]) Planck S. 472, Staudinger I S. 728.

Rechtsfolge der Haftung für diesen Schaden, ohne daß aber der Eintritt des Schadens den zum Ersatz verpflichtenden Umstand darstellt. Verpflichtungsumstand ist vielmehr die Handlung, die kausal für den eingetretenen Schaden geworden ist. Der praktische Wert des Satzes „wenn der Vertretene die Genehmigung verweigert", ist die, daß dem Dritten der Beweis dafür aufgebürdet wird, daß die falsche Behauptung des Vertreters, er besitze Vertretungsmacht, nicht nachträglich, durch Genehmigung des Vertretenen, nämlich im Hinblick auf die rückwirkende Kraft der Genehmigung gleichsam zu einer „wahren" Behauptung geworden ist.

Die Behauptung, der Mangel der Vertretungsmacht bezw. die Verweigerung der Genehmigung sei Verpflichtungsumstand, d. h. der falsus procurator hafte deshalb, weil eine Vollmacht nicht vorgelegen, bezw. nicht nachträglich beschafft worden sei, widerspricht aber auch der herrschenden Ansicht über den Rechtsgrund der Haftung, wonach ja eben die falsche Behauptung des Vertreters, er besäße Vertretungsmacht, als Grund für den Eintritt seiner Haftung angegeben wird.

Einen schwachen Ansatz, sich von der Ansicht, der zum Ersatz verpflichtende Umstand sei die Unwirksamkeit des Vertrags, der Schadensersatz ginge daher auf das positive Interesse, freizumachen, unternimmt Kiehl in einer Besprechung des Hupkaschen Buches in der Zeitschr. f. Deutschen Zivil-Prozeß [2]. Nach Kiehl ist die Rechtswirksamkeit des abgeschlossenen Geschäfts überhaupt nicht der Zustand, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, denn dieser zum Ersatz verpflichtende Umstand sei nicht lediglich in der Tatsache zu finden, daß der Vertreter der Vollmacht ermangele, sondern in dem ganzen Tatsachenkomplexe, daß der Vertreter, trotz mangelnder Vollmacht das Geschäft namens des Vertretenen überhaupt abschließt, und es wäre im Sinne von § 249 BGB. evtl. also derjenige Zustand vom Geschäftsführer herzustellen, der bestünde, falls sich der ganze Vorgang nicht ereignet hätte. Nicht zu billigen sei daher auch die Ansicht Plancks: herzustellen sei der Enderfolg, den das abgeschlossene Geschäft hätte bewirken sollen. Denke man sich das Geschäft überhaupt hinweg, so hätte auch jener Rechtserfolg überhaupt nicht eintreten können und vom Gesichtspunkt der Naturalrestitution aus könne der Dritte mithin nicht Herstellung eines solchen Zustandes verlangen, der ohne das gewisse schädliche Ereignis ebenfalls nicht bestanden hätte. Im Sinne der positiven Bestimmung des § 179 Abs. 1 scheine andererseits aber unzweifelhaft, daß als Gegenstand des Schadensersatzes in der Tat die Geltendmachung des Erfüllungsinteresses in Geld verstanden werden müsse. Es sei Hupka auch darin beizutreten, daß das Gesetz dem Dritten das freie Wahlrecht zwischen den beiden Ansprüchen auf

---

[2]) Bd. 33, S. 550.

Erfüllung und auf Schadensersatz gegeben habe, und zwar beide als Ersatz für den nicht realisierbaren vertragsmäßigen Anspruch. Das zeige schon der Wortlaut der Bestimmung Erfüllung oder Schadensersatz. Es sollten augenscheinlich diese beiden Leistungen gleichmäßig als Surrogate für den vom Vertreter zugesagten aber nicht gewährten Erfüllungsanspruch gelten. Damit sei nun freilich der Gesichtspunkt der Naturalrestitution ausgeschlossen.

Soweit Kiehl, der bei folgerichtiger Weiterentwicklung seines im Kerne richtigen Gedankens zu der hier vertretenen Auffassung, daß nach Abs. 1 das unbeschränkte negative Interesse zu ersetzen sei, hätte gelangen müssen, sich aber vermittels einer schwachen und widerspruchsvollen Argumentation im Endergebnis bei der herrschenden Lehre wiederfindet [3]).

Die verhältnismäßig eingehendste Begründung dafür, daß der zum Ersatz verpflichtende Umstand der Mangel der Vertretungsmacht und die Verweigerung der Genehmigung sei, daß demnach der Ersatzanspruch auf Ersatz des positiven Interesses gehe, findet sich bei Brock. Er geht dabei von der Entstehungsgeschichte des BGB. aus. Bei den Beratungen der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes [4]) wurde nämlich von denjenigen, die die Haftung des Vertreters auf das negative Interesse beschränken wollten, geltend gemacht, daß die Frage der Haftung auf das positive oder auf das negative Interesse weder vom Standpunkt der Theorie noch der Praxis des gemeinen Rechts aus gelöst werden könne, da beide Auffassungen hier gleichmäßig vertreten seien. Die Entscheidung sei lediglich nach den Gesichtspunkten der Gerechtigkeit und des praktischen Bedürfnisses zu treffen. Der Versuch, die Verpflichtung auf ein Garantieversprechen zu gründen, erweise sich nicht als unanfechtbar. Die Konstruktion, daß eigentlicher Kontrahent der Vertreter sei, und daß nur die Wirkungen des Vertrags auf den Vertretenen abgelenkt würden, sei mit der rechtlichen Natur der Stellvertretung nicht vereinbar. Es bleibe daher nur übrig, davon auszugehen, daß der Vertreter, wenn er als solcher auftrete, dies auf seine Gefahr tue. Von diesem Standpunkt aus gelange man zu der Beschränkung der Haftung auf den Ersatz des negativen Interesses. Damit werde auch den Anforderungen der ausgleichenden Gerechtigkeit Rechnung getragen.

An diesem Gedankengang, so meint Brock [5]), müsse nun folgendes auffallen: Wenn zugestandenermaßen überall da, wo der Stellvertreter bewußt ohne Vertretungsmacht kontrahiert, die Garantiekonstruktion ganz natürlich sei, so sei doch kein Grund vorhanden, die Haftung schlechtweg auf das negative Interesse zu beschränken.

---

[3]) darüber weiter unten.
[4]) Protokolle S. 158 f.
[5]) S. 83.

An diesem Punkte hätten daher auch die Erwägungen in der Kommission eingesetzt, und es sei zu dem der endgültigen Fassung der Gesetzesvorschrift entsprechenden Entschließungen gekommen.

In Wirklichkeit beweisen aber gerade die Protokolle, daß die Anhänger der Haftung für das positive Interesse nicht davon ausgingen, daß bei Kenntnis des Vertreters von dem Mangel der Vertretungsmacht eine Ersatzpflicht auf das positive Interesse aus dem in diesem Falle etwa zugrundeliegenden Garantievertrag gefolgert werden müsse. Im Gegenteil war man sich bewußt, daß die Konstruktion eines Garantievertrags eine durchaus zweifelhafte sei, und daß, wenn man zur Haftung auf das positive Interesse bzw. auf die Erfüllung gelangen wolle, dies eines besonderen „Ausspruchs im Gesetz" bedürfe. Die Ausführungen Brocks erklären sich auch nur daraus, daß er selbst die Haftung des falsus procurator nach § 179 Abs. 1 durch Annahme eines Garantievertrags juristisch fundiert. Es sei auch ohne die ausdrückliche Norm des § 179 Abs. 1 möglich gewesen, auf Grund eines stillschweigenden Garantievertrags die dort zum Ausdruck gekommene Haftung des Vertreters auszusprechen [6]). Mit der Annahme eines solchen Garantievertrags will er auch den Widerspruch lösen, der darin liegt, daß das Gesetz an einen unwirksamen Vertrag die Folgen eines wirksamen Vertrags knüpft. Mit dem Begriff des „unwirksamen" Vertrags sei es unvereinbar, einen Kontrahenten auf Erfüllung resp. auf das positive, das Erfüllungsinteresse, haften zu lassen. Aus der Unwirksamkeit allein sei folgerichtig nur die Ersatzpflicht des negativen Interesses zu schließen. Der Schaden, der nach § 179 Abs. 1 zu ersetzen sei, gehe auf das positive Interesse. Das sei ohne „Anzweiflungsmöglichkeit". Zunächst besage es der Zusammenhang, in dem die Schadensersatzpflicht auferlegt wird, daß sie neben den Anspruch auf Erfüllung gesetzt sei, ferner, daß sinngemäß der Schadensersatz, den der Mitkontrahent wahlweise neben der Erfüllung fordern kann, eine dieser entsprechende Haftung sei, was bei dem negativen Interesse nicht der Fall wäre. Vor allem sei es aber auch der rein formellen Interpretation des § 179 zu entnehmen. In § 179 werde die Schadensersatzpflicht nicht an den Tatbestand des dolus, sondern einfach an den Tatbestand geknüpft, daß der Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt habe und die Genehmigung durch den Vertretenen nicht erfolgt sei. Der Zustand, der bestehen würde, wenn dieser Umstand nicht vorgelegen hätte, sei aber Vorhandensein der Vertretungsmacht, Genehmigung seitens des Vertretenen. Der scheinbare Widerspruch, der nun darin liege, daß das positive Interesse an ein unwirksames Rechtsgeschäft geknüpft sei, werde durch die Annahme eines Garantievertrags gelöst.

Daß auf dem Boden des geltenden Rechts für die Annahme eines Garantievertrags auch im Falle der Kenntnis des Vertreters von dem

---

[6]) S. 91.

Mangel der Vertretungsmacht kein Raum ist, wurde bereits bei der Frage des Rechtsgrundes der Haftung eingehend erörtert. Aus dieser Konstruktion läßt sich also ein Argument für die Auslegung des Begriffs Schadensersatz im Sinne des positiven Interesses nicht gewinnen. Der Umstand, daß der Schadensersatzanspruch gleich neben den Erfüllungsanspruch gesetzt wird, ist etwas rein Aeußerliches und beweist gar nichts. Daraus, sowie aus der Tatsache, daß der Dritte wahlweise das eine oder das andere fordern kann, schließen zu wollen, daß diese Ansprüche wirtschaftlich gleichwertig seien — nämlich Erfüllung und Erfüllungsinteresse —, ein Argument, das auch von andern Schriftstellern für das positive Interesse angeführt wird [7]), muß als eine wenig überzeugende Beweisführung bezeichnet werden. Man kann genau so gut das Gegenteil sagen: dieses Wahlrecht wäre überflüssig, wenn es in beiden Fällen auf das positive Interesse hinausginge, da ja der Dritte aus beiden Ansprüchen wirtschaftlich dasselbe bekäme. Das Gesetz will vielmehr, das ist der Zweck des Wahlrechts, dem Dritten überlassen, ob er den Vertretenen für die Wahrheit oder für die Unschädlichkeit seiner Behauptung einstehen lassen will.

Wenn aber gesagt wird, daß die Ersatzpflicht an den Tatbestand geknüpft wird, daß der Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt hat und die Genehmigung durch den Vertretenen nicht erfolgt sei, und daß der Zustand, der bestehen würde, wenn dieser Umstand nicht vorgelegen hätte, das Vorhandensein der Vertretungsmacht bzw. die Genehmigung seitens des Vertretenen sei, so läuft das, wie bereits gesagt, auf eine Verwechselung des nach § 249 zum Ersatz verpflichtenden Umstandes mit einer bloßen Voraussetzung des Eintritts der Haftung hinaus.

Liegt der Rechtsgrund der Haftung des falsus procurator letzten Endes in seiner unwahren Behauptung, Vertretungsmacht zu besitzen, so kann der Umstand, der den Vertretenen zum Schadensersatz verpflichtet, vernünftigerweise nur in dieser falschen Prätension der Vollmacht gesehen werden. Der zum Ersatz verpflichtende Umstand, für den der Vertreter einzustehen hat, ist dann aber nicht die außerhalb der Willensmacht des Vertreters liegende Unwirksamkeit des Vertrags, also der Mangel der Vertretungsmacht, bzw. die Verweigerung der Genehmigung, sondern das Tätigwerden des Vertreters als solches, seine mit dem Geschäftsabschluß verbundene fälschliche Behauptung der Vertretungsmacht, d. h. der zum Ersatz verpflichtende Umstand ist nicht die Unwahrheit der Behauptung, sondern die unwahre Behauptung. Herzustellen ist daher nicht der Zustand, der bestehen würde, wenn die Behauptung nicht unwahr gewesen, sondern der Zustand, der bestehen würde, wenn keine unwahre

[7]) so u. a. Steines S. 30, Kiehl (Ziv.-Proz.) S. 550, Oertmann S. 548.

Behauptung vorhanden gewesen wäre, d. h. wenn der falsus procurator das Vorhandensein der Vollmacht nicht prätendiert hätte; mit anderen Worten: der Schadensersatzanspruch des Abs. 1 geht auf den Ersatz des negativen Interesses. Der Dritte kann von dem Vertreter, der den Mangel der Vollmacht kennt, wahlweise verlangen, daß er ihm, dem Dritten, entweder für die Wahrheit oder für die Unschädlichkeit seiner Behauptung, Vertretungsmacht zu besitzen, einstehe. Das erste gewährleistet ihm der Erfüllungsanspruch, das zweite der Schadensersatzanspruch. Das soll im folgenden näher erörtert werden.

Zunächst sei jedoch eine kurze Abschweifung in das Schweizer Recht gestattet. Die Tatsache, daß die Entstehung der Haftpflicht aus § 179 BGB. daran geknüpft wird, daß jemand ohne Vollmacht einen Vertrag geschlossen hat, und daß die Genehmigung verweigert wird, kann, wie erörtert, noch nicht zu der Folgerung führen, der Dritte müsse so gestellt werden, als ob die Vollmacht vorhanden, bzw. die Genehmigung erteilt sei, weil jenes der zum Ersatz verpflichtende Umstand sei. Ein Vergleich mit dem Schweizer Obligationenrecht dürfte, obwohl daraus keine zwingenden Schlüsse für das BGB. gezogen werden können, in dieser Beziehung lehrreich sein.

Das alte SOR. bestimmt in den Art. 47 und 48: „Hat jemand, ohne dazu ermächtigt zu sein, als Vertreter einen Vertrag geschlossen . . .“, und: „. . . wird die Genehmigung ausdrücklich oder stillschweigend abgelehnt, so kann der andere Teil denjenigen, welcher als Stellvertreter gehandelt hat, auf Schadensersatz belangen . . .“ Das neue SOR. hat diese Bestimmung in den Art. 38 und 39 übernommen, und zwar mit der abweichenden Fassung, daß der Vertreter „auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrags erwachsenen Schadens belangt“ werden könne, und unter Hinzufügung eines zweiten Absatzes: „Bei Verschulden des Vertreters kann der Richter, wo es der Billigkeit entspricht, auf Ersatz weiteren Schadens erkennen.“ Was nun in beiden Fassungen unter „Schadensersatz“ zu verstehen sei, ist bestritten. „Was die Berechnung des Schadens betrifft, so kann sich fragen, ob der falsche Stellvertreter . . . auf das Erfüllungsinteresse zu verurteilen sei, d. h. soviel zu bezahlen habe, als notwendig ist, damit der Dritte ökonomisch sich in der gleichen Lage befinde, wie wenn die Vollmacht wirklich vorhanden gewesen wäre . . . oder nur auf das negative Interesse . . .“ [8]). Die Praxis sowie die herrschende Meinung in der Literatur vertreten die Auffassung, daß unter Schadensersatz der Ersatz des negativen Interesses zu verstehen sei [9]). Man hat demnach aus der Fassung des Art. 48 a. SOR., obwohl dieser in den Voraussetzungen der Haftung — Vertragsabschluß ohne Vertretungsmacht, Verweigerung der Genehmigung — genau dem § 179 BGB. entspricht, nicht den Schluß gezogen,

[8]) Schneider-Fick S. 113.

[9]) s. Fluhme S. 55.

es sei der Zustand herzustellen, der vorhanden wäre, wenn Vertretungsmacht vorhanden, bzw. die Genehmigung erteilt wäre. Hier konnte freilich zur Begründung der Haftung auf das positive Interesse weder das Argument aus der Parallele mit dem Erfüllungsanspruch, noch das argumentum e contrario aus der beschränkten Haftung des gutgläubigen Vertreters herangezogen werden, die aber beide, was bezüglich des letzteren Arguments noch zu erörtern sein wird (s. unten § 9) auch für das BGB. nicht als stichhaltig angesehen werden können.

Auch die Fassung des Art. 39 n. SOR. „Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrags erwachsenen Schadens" — ist im Sinne des negativen Interesses ausgelegt worden[10]). Wenn man hier zur Begründung die Bestimmung des zweiten Absatzes herangezogen hat, so ist freilich, wie Fluhme[11]) richtig bemerkt, zu bedenken, daß das negative Interesse im Einzelfalle auch über das Erfüllungsinteresse hinausgehen kann und dann Ersatz bei Verschulden des Vertreters nur möglich ist, wenn mit dem „Schaden aus dem Dahinfallen des Vertrags" das Erfüllungsinteresse gemeint ist. Daraus kann also jedenfalls kein Argument für die herrschende Lehre hergeleitet werden.

Im Prinzip läuft also, vom Standpunkt der herrschenden Lehre im Schweizer Recht aus, die Haftung des falsus procurator im neuen SOR. ebenfalls darauf hinaus, daß bei Verschulden des Vertreters das positive, sonst das negative Interesse zu ersetzen ist. Der Vergleich mit dem SOR. an dieser Stelle sollte auch nur zeigen, daß aus der Tatsache, daß die Voraussetzungen des Schadenserfatzes der Mangel der Vollmacht und die Genehmigungsverweigerung sind, noch nicht „zweifellos"[12]) geschlossen werden kann, daß in der Unwirksamkeit des Vertrags der zum Ersatz verpflichtende Umstand zu erblicken und daß demnach das positive Geschäftsinteresse zu ersetzen ist.

§ 7.

Das Argument aus dem persönlichen Anwendungsgebiet der Haftungsnorm: Die gefälschte Geschäftserklärung.

Wer nicht in fremdem Namen, sondern unter fremdem Namen einen Vertrag schließt, handelt nicht als falsus procurator, sondern als falsus dominus[1]). Z. B. A. schließt telephonisch unter dem Vorgeben, er sei der X., einen Vertrag mit B., oder die nichtbevollmächtigte Ehefrau C. sendet eine von ihr mit dem Namen ihres Mannes D. unterzeichnete Kündigung an den Mieter E., ohne dabei erkenntlich

---

[10]) Rennefahrt S. 32, s. Fluhme S. 55 f.

[11]) Fluhme S. 56.

[12]) diesen Ausdruck gebraucht Grosche (S. 54).

[1]) s. Staudinger 1925 S. 728, Hupka S. 111; vgl. dazu Letzgus S. 27 ff., insbes. S. 54 ff.

zu machen, daß das Schriftstück in Wirklichkeit von ihr herrührt [2]). In diesen Fällen liegt keine stellvertretende Erklärung des A. oder der C. vor, d. h. das Hervorrufen des Anscheins, als handele der A. oder die C. mit Vollmacht für den X oder den D., sondern eine gefälschte Geschäftserklärung, d. h. das Hervorrufen des Anscheins, als handle der X. oder der D. in eigener Person. Nun wird niemand behaupten wollen, das Gesetz habe Anlaß, im letzteren Falle dem Dritten einen geringeren Schutz zuzubilligen als im ersten, oder der Fälscher einer Unterschrift, der vorsätzlich Schaden zufügen will, müsse für weniger haften als der, der mit eigenem Namen unter dem Vorgeben, er handle als Stellvertreter für einen andern, unterschreibt, ohne daran zu zweifeln, der Vertretene werde später genehmigen. Tatsächlich schützt die bisherige Auslegung des Begriffs Schadensersatz den bösgläubigen und böswilligen Fälscher im Regelfalle mehr als den falsus procurator, der im Glauben, die Genehmigung werde nicht versagt werden, handelt. Denn daß man auf den, der eine rechtsgeschäftliche Erklärung unter dem Anscheine abgibt, als werde die Erklärung von einem andern, und zwar von der Person abgegeben, die Partei des Rechtsgeschäftes sein soll, die Vorschriften des § 179 unmittelbar nicht anwenden kann, erhellt aus dem Mangel eines Vertretungstatbestandes, und daß man sie nicht auf dem Wege der Analogie anwenden kann, aus dem grundsätzlichen begrifflichen Unterschied zwischen Fälschung und unwahrer Behauptung [3]). Eine solche Erklärung ist vielmehr nichtig [4]). Daraus folgt aber, daß der Fälscher, wie wir hier den falsus dominus kurz bezeichnen wollen, nur nach den Vorschriften der §§ 823 ff., also in zahlreichen Fällen für weniger haftet, als wenn er lediglich als Stellvertreter ohne Vollmacht aufgetreten wäre. Wer also unter dem Vorgeben, er sei der X., telephonisch ein Hotelzimmer für 10.— RM. bestellt, um dem Wirt A. einen Schabernack zu spielen, haftet — nach der herrschenden Ansicht —, wenn der Wirt im Vertrauen auf diesen — nichtigen — Vertrag einen Gast, der ihm 5.— RM. für das Zimmer bietet, abweist, nur auf 5.— RM., und zwar aus § 826 BGB. Hat er dagegen im Glauben, der X. beabsichtige, tatsächlich ein Zimmer bei A. zu beziehen, gehandelt, lediglich, um dem X. eine Gefälligkeit zu erweisen, obwohl er weiß, daß X. ihn nicht bevollmächtigt hat, so haftet er, wenn die Auslegung des Wortes Schadensersatz im Sinne des

---

[2]) weitere Beispiele bei Staudinger S. 728.

[3]) ebenso Hupka S. 113, s. ferner RGR. Komm. S. 264, Planck (1913) S. 475, Staudinger (1925) S. 728, Oertmann S. 550, Enneccerus S. 462, Panthen S. 35; vgl. für das gemeine Recht RG. Z. 38 S. 179; a. A. Letzgus S. 58 f., der den § 179 auf den falsus dominus analog anwenden will, Jakobi S. 37/38 hinsichtlich der Haftung des Wechselfälschers.

[4]) Hupka S. 112, Staudinger (1912) S. 677.

positiven Geschäftsinteresses richtig wäre, auf 10.— RM., ein Ergebnis, das zweifellos als unbefriedigend zu bezeichnen ist.

Pagel empfindet die dem Dritten zugebilligten Ansprüche gleichfalls als unbillig: „Eigenartig ist es, daß § 179 BGB. für den Fall der Täuschung des — schuldlosen — Gegners, wenn die Genehmigung versagt bleibt, diesem ein Wahlrecht gibt, Erfüllung oder positives Interesse zu verlangen. Dies ist mit unseren Rechtsprinzipien nicht zu vereinigen und de lege ferenda bedenklich [5]). Pagel übernimmt freilich, wie die Wendung „positives Interesse" beweist, die Auslegung des Schadensersatzbegriffes des § 179 von der herrschenden Lehre, ohne zu prüfen, ob diese Auslegung richtig ist und ob bei einer andern Deutung dieses Begriffes nicht wenigstens in den Fällen ein billigeres Ergebnis zu erzielen ist, wo der Dritte nicht den Erfüllungs-, sondern den Schadensersatzanspruch geltend macht, was insbesondere für die Fälle wichtig ist, in denen dem Dritten überhaupt nur ein Anspruch auf Schadensersatz zusteht [6]).

§ 8.

Das Argument aus dem sachlichen Anwendungsgebiet der Haftungsnorm: Dingliche Verträge und höchstpersönliche Leistungen.

Die Unbilligkeit des dem Dritten nach der herrschenden Lehre zustehenden Anspruchs auf Ersatz des positiven Interesses ergibt sich auch aus folgender Ueberlegung: Der Dritte kann selbstverständlich nur dann einen Schadensersatzanspruch geltend machen, wenn er tatsächlich einen Schaden erlitten hat. Da er nach der herrschenden Ansicht nur Ersatz des Schadens verlangen kann, der dadurch entsteht, daß das Geschäft unwirksam ist, so folgt daraus: Nachteile, die dem Dritten auch im Falle der Wirksamkeit des Geschäfts getroffen hätten, sind ihm nicht zu vergüten. Der Dritte kann, so ist weiter zu folgern, aus dem Titel des positiven Interesses nichts verlangen, wenn und soweit der Geschäftsanspruch gegen den Prinzipal aus rechtlichen oder praktischen Gründen nicht realisierbar gewesen sein würde. Unter dieser Voraussetzung ist das effektive Interesse des Dritten an der Wirksamkeit des Geschäfts gleich Null [1]). Der Schadensersatzanspruch gegen den Vertreter, der den Mangel der Vertretungsmacht kennt, fällt ins Leere, da der Dritte auch im Falle der Wirksamkeit des Vertrags vom Vertretenen nichts hätte erlangen können.

Zwar kann der Drite, der Schadensersatzklage erhoben hat, aber einen Schaden nicht erweisen kann, nachträglich die andere Alternative, den Erfüllungsanspruch, der vom Moment der Schädigung

---

[5]) Pagel S. 284.
[6]) darüber im folgenden Paragraphen.
[1]) so Hupka S. 236 f., ebenso Grosche S. 57, 59, Steines S. 31.

unabhängig ist [2]), geltend machen. Sein Wahlrecht wird zwar konsumiert, sobald er vom Vertreter Schadensersatz verlangt. Die Gültigkeit der Wahlerklärung setzt aber voraus, daß dem Dritten zur Zeit ihrer Abgabe überhaupt eine Wahl offen stand [3]).

Nun gibt es aber eine ganze Reihe von Fällen, wo durch die Natur des abgeschlossenen Rechtsgeschäftes der Anspruch des Dritten von vornherein auf den Schadensersatzanspruch beschränkt ist. Das gilt zunächst bei höchstpersönlichen Leistungen, zu denen der Vertretene durch den unwirksamen Vertrag verpflichtet werden sollte, so beim Dienstvertrag nach § 613, beim Auftrag nach § 664, bei der Hinterlegung nach § 691, bei der Gesellschaft nach § 717 BGB. In diesen Fällen, in denen die Leistung ihrer Natur nach nur vom Vertretenen persönlich erbracht werden kann, fällt der Anspruch auf Erfüllung weg, und es bleibt nur der Anspruch auf Schadensersatz übrig [4]). Das gleiche gilt für alle Fälle, in denen die Leistung nach dem im Einzelfalle zum Ausdruck gelangten Parteiwillen höchstpersönlichen Charakter hat [5]). Ebenso fällt der Erfüllungsanspruch weg, wenn es sich um Vertretung beim Abschluß eines dinglichen Vertrags handelt. Auch hier kommt nur die Haftung auf Schadensersatz in Frage [6]).

In diesen Fällen würde die Haftung des Vertreters gegenüber dem Dritten, dessen Interesse an der Wirksamkeit des Geschäfts aus den eingangs erwähnten Gründen gleich Null ist, in der Regel gegenstandslos sein. Der Dritte hat lediglich etwaige Bereicherungsansprüche auf Rückgabe desjenigen, was er dem falsus procurator in Voll-

[2]) Hupka S. 239.

[3]) so Hupka S. 242 f., Grosche S. 61.

[4]) Planck (1913) S. 473, Oertmann S. 547, Fluhme S. 39, Staudinger S. 730.

[5]) Staudinger S. 730.

[6]) Staudinger S. 730, s. auch S. 726, Fluhme S. 39, Panthen S. 48, Oertmann S. 547; allerdings verneint Eccius bei Gruchot Bd. 47 S. 63 f. die Anwendbarkeit der §§ 177 ff. auf dingliche Verträge überhaupt, weil bei dinglichen Verträgen ein Anspruch auf Erfüllung nicht möglich sei, der § 179 aber einen Vertrag voraussetze, aus welchem auf Erfüllung geklagt werden könne. Gegen ihn hat sich insbes. Planck (S. 496 — 1913) gewandt: „Durch den dinglichen Vertrag wird allerdings kein Anspruch auf Erfüllung begründet. Daraus folgt aber doch nur, daß der im Falle des § 179 dem andern Teile gegen den Vertreter eingeräumte Anspruch auf Erfüllung wegfällt. Dem andern Teile bleibt aber der ihm nach § 179 alternativ neben dem Anspruch auf Erfülllung zustehende Anspruch auf Schadensersatz. Dieser Anspruch ist auch bei dem dinglichen Vertrag möglich ..." Dagegen will Hupka (S. 226) auch bei dinglichen Verträgen einen Anspruch auf Erfüllung geben, vermag aber, wie Oertmann (S. 547) richtig bemerkt, mit seinen Beispielen nur Schadensersatzansprüche durch Naturalherstellung aufzuweisen.

ziehung des unwirksamen Vertrags gegeben hat und evtl. Ansprüche ex dolo [7]), aus § 179 nur die praktisch selten gegebenen Ansprüche auf Ersatz derjenigen Verluste, die von der Realisierbarkeit des Geschäfts gegenüber dem Vertretenen unabhängig sind, die er also tatsächlich nur infolge der Unwirksamkeit des Vertrags als solcher erlitten hat. Fälle dieser Art sind aber nur sehr schwer denkbar. Hierhin gehört z. B. der Anspruch auf Ersatz der Rücktransportkosten der an den Prinzipal des falsus procurator geschickten Ware, die dieser mit Rücksicht darauf, daß er sie nicht bestellt, d. h. keine Vollmacht zur Bestellung erteilt hat, zurücksendet. Diese Rücksendungskosten würden dem Dritten erspart geblieben sein, wenn der Vertrag wirksam gewesen wäre, und zwar auch dann, wenn seine Ansprüche aus dem wirksam gewesenen Vertrag gegen den Prinzipal nicht realisierbar gewesen sein würden. In der Regel aber hätte der Dritte, wenn Schadensersatz den Ersatz des positiven Interesses bedeuten würde, den ganzen ihm entstandenen Schaden selbst zu tragen. Er kann vor allem nicht Ersatz der freiwilligen Aufwendungen verlangen, die er mit Rücksicht auf die vermeintliche Wirksamkeit des Vertrags gemacht hat, also im obigen Beispiel nicht die Rückerstattung der Kosten für die Hinsendung der Ware; denn diese hätte er, selbst wenn sie der Vertretene nach dem Inhalt des ungültigen Vertrages zu tragen gehabt hätte, wegen Nichtrealisierbarkeit des Anspruchs diesem gegenüber, z. B. wegen Zahlungsunfähigkeit, auch nicht bei Wirksamkeit des Vertrags ersetzt bekommen. Ebensowenig hätte er bei Wirksamkeit des Vertrags die Vorteile ersetzt bekommen, die er sich mit Rücksicht auf den abgeschlossenen unwirksamen Vertrag durch Nichtabschluß anderer Geschäfte hat entgegen lassen.

In diesen Fällen — Unzulässigkeit des Erfüllungsanspruchs, Unrealisierbarkeit des Schadensersatzanspruchs — kommt es also gar nicht darauf an, ob der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht kannte, oder ob er ihn nicht kannte, denn im Falle des Abs. 2 hat er zwar grundsätzlich den Dritten so zu stellen, als ob dieser vom Vertrage nichts gehört hätte, im obigen Beispiel also die Transportkosten zu ersetzen, aber nicht über den Betrag des Interesses hinaus, den der Dritte an der Wirksamkeit des Vertrags hat. Da dieser aber im Falle der Wirksamkeit des Vertrags, wie erörtert, nichts hätte, so kann er auch aus dem Titel des negativen Interesses nach Abs. 2 nichts verlangen. Der redliche Dritte hat also in diesen Fällen das Risiko des Vertragsabschlusses zu tragen, ohne Rücksicht darauf, ob der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder nicht kannte. Daß im letzteren Falle, bei Gutgläubigkeit des Vertreters, der Dritte seinen Schaden selbst trägt, mag vielleicht dem Prinzip eines gerechten Interessenausgleiches, das ja doch allen Schadensersatzvorschriften zugrundeliegt, entsprechen. Denn beiden ist der Vollmachtsmangel unbekannt gewesen, und es läßt sich daher

[7]) so auch Hupka S. 245.

wohl der Standpunkt vertreten, daß, wenn beide das Risiko, das der Dritte durch Abschluß des Vertrages eingegangen ist, nicht gekannt haben, der Dritte, der ja doch im Gegensatz zum Vertreter selbst Vertragspartei werden sollte, also auch die Vorteile des Vertrags gehabt hätte, dieses Risiko tragen soll. Ganz anders aber ist die Sachlage zu beurteilen, wenn nur der Dritte gutgläubig ist, der Vertreter aber den Mangel der Vertretungsmacht kennt. Hier ist der Vertreter derjenige, der das Risiko, das der Dritte eingeht, kennt, ohne ihm von diesem Risiko Mitteilung zu machen. Wenn trotzdem auch in diesem Falle der Dritte den ganzen ihm entstandenen Schaden tragen, der Vertreter aber von jeder Haftung frei bleiben soll, so ist dies kein gerechter Interessenausgleich mehr. Die praktische Folgerung, die sich in diesen Fällen aus der herrschenden Auffassung des Schadensersatzbegriffes ergibt, entspricht nicht der Billigkeit, während die hier vertretene Auffassung zu Ergebnissen führt, die den Interessen des schutzwürdigen Dritten auch in diesen Fällen gerecht wird.

§ 9.

Kritik des Argumentum e contrario aus § 179 Abs. 2 BGB.: Die Haftung des gutgläubigen Vertreters auf das beschränkte negative Interesse.

Gegen die hier vertretene Auffassung, Schadensersatz im Abs. 1 des § 179 bedeute Ersatz desjenigen Schadens, welchen der andere Teil dadurch erleidet, daß er an die Wahrheit der Vollmachtsbehauptung glaubte, also Ersatz des negativen Interesses, könnte man nun einwenden, der gutgläubige Vertreter, d. h. derjenige, der den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt hat, haftet nach Abs. 2 auch nur auf das negative Interesse. Würde der Schadensersatz des Abs. 1 nur das negative Interesse umfassen, so wäre der Abs. 2 überflüssig; Hupka meint denn auch, daß der Wille des Gesetzes, dem Dritten nicht nur durch den Erfüllungs-, sondern auch durch den Schadensersatzanspruch die Befriedigung seines positiven Interesses an der Wahrheit der Vollmachtsbehauptung zu gewährleisten, durch die Redaktionsgeschichte und „durch das argumentum a contrario aus dem Abs. 2 des § 179 außer jedem Zweifel gestellt“ werde [1])

Daß die Redaktionsgeschichte als solche für die Interpretation des Gesetzes allein nicht ausschlaggebend sein kann, haben wir erörtert. Das argumentum e contrario schlägt aber aus zwei Gründen nicht durch. Zunächst gibt ja der Abs. 1 nicht nur den Anspruch auf Schadensersatz, sondern wahlweise auch den auf Erfüllung. Man könnte also auch sagen: der bösgläubige Vertreter [1a]) muß nach Wahl

[1]) S. 229.

[1a]) so sei der Vertreter aus Abs. 1 im Gegensatz zu dem „gutgläubigen“ aus Abs. 2 kurzerhand genannt, obwohl die Ausdrücke vielleicht nicht ganz zutreffend sind.

des Dritten entweder für die Wahrheit (Erfüllungsanspruch) oder für die Unschädlichkeit (Schadenserſatzanspruch im Sinne des negativen Interesses) seines Vorgebens einstehen; der gutgläubige Vertreter dagegen nur für die Unschädlichkeit seiner Prätension.

Dazu kommmt aber die Beschränkung der Haftung auf die Höhe des positiven Interesses im Abs. 2. Der gutgläubige Vertreter haftet nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Wirksamkeit des Vertrags hat; eine Begrenzung der Haftung, die die hier vertretene Auffassung des Schadensersatzbegriffes im Abs. 1 nicht enthält. Es ergibt sich vielmehr aus unserer Auslegung des Schadensersatzbegriffes des Abs. 1: der bösgläubige ersatzpflichtige Vertreter haftet für das volle negative Interesse, auch soweit es das positive Interesse übersteigt, der gutgläubige ersatzpflichtige Vertreter nur bis zur Höhe des positiven Interesses.

Wenn das negative Interesse im Einzelfalle das positive Interesse nicht übersteigt, so wird freilich der vom bösgläubiger Vertreter zu leistende Schadensersatz nicht höher sein als der Ersatz, den er zu leisten hätte, wenn er gutgläubig gewesen wäre. Kannte also in dem oben (§ 7) behandelten Beispiel der X. bei der Bestellung des Zimmërs den Mangel der Vertretungsmacht nicht, so hat er dem Gastwirt, der von ihm Schadensersatz verlangt, ebenso 5.— RM. zu bezahlen, als wenn er den Vollmachtsmangel gekannt hätte, ein Ergebnis, das aber durchaus der Billigkeit entspricht, da der Schaden, den der Dritte — hier der Gastwirt — infolge der Vollmachtsbehauptung des Vertreters erlitten hat, in beiden Fällen gleich groß ist, das Gesetz aber, wenn es „Schadens"-Ersatz zubilligt, keinen Anlaß hat, dem Dritten über die Höhe seines tatsächlich erlittenen Schadens hinaus auf Kosten des Vertreters zu schützen. Denn die Haftung auf die Höhe des vollen negativen Interesses im Falle der Bösgläubigkeit des Vertreters bedeutet ja nicht, daß letzterer für das Bewußtsein des Vollmachtsmangel „gestraft" werden soll, daß der Dritte also gleichsam eine Buße zugebilligt bekäme; die Tatsache, daß der Dritte im Falle der Gutgläubigkeit des Vertreters weniger erhalten soll, bezweckt vielmehr eine Minderung des dem Dritten durch das Vorgehen des Vertreters an sich erwachsenen Schadensersatzanspruchs zugunsten des Vertreters. Die Verschiedenheit der Höhe des Schadensersatzes im Abs. 1 und im Abs. 2 muß als eine vom Standpunkt des Vertreters, nicht vom Standpunkt des Dritten aus getroffene Regelung angesehen werden.

Vertauschen wir z. B. die in dem schon mehrfach erwähnten Beispiel (§ 7) angegebenen Zahlen — das Zimmer ist für 5.— RM. gemietet, der daraufhin abgewiesene Gast bietet 10.— RM. —, so folgt daraus für die Höhe des von dem Vertreter zu ersetzenden Schadens: ist der Vertreter bösgläubig gewesen, so hat er 10.— RM. zu zahlen, denn das würde der Wirt erhalten haben, wenn er auf die Vertretungsmacht nicht vertraut hätte, ist er gutgläubig, so hat er nur 5.— RM. zu ersetzen, denn so hoch ist das Interesse des Wirtes, das

er an der Wirksamkeit des Vertrages hat [2]). Wir kommen also zu dem Ergebnis: in allen Fällen, in denen der ohne den Mangel der Vollmacht gültig gewesene Vertrag dem Dritten einen geringeren Vorteil bietet als der Vertrag, an dessen Abschluß der Dritte durch seinen Glauben an die Wahrheit der Vollmachtsbehauptung gehindert wurde, kann er verlangen, so gestellt zu werden, als wenn der Vertreter die falsche Behauptung nicht aufgestellt hätte, es sei denn, daß der Vertreter seinerseits auch gutgläubig gewesen ist. In diesem Ergebnis liegt der praktische Wert der Auslegung des Schadensersatzbegriffes des Abs. 1 im Sinne des negativen Interesses, ein Ergebnis, das der Billigkeit mehr entspricht als die herrschende Auffassung vom Inhalt dieses Anspruchs.

Die Tatsache, daß demnach im Einzelfalle das negative Interesse höher sein kann als das positive, hat nun dazu geführt, auf dem Boden des gemeinen Rechts und de lege ferenda, die Zweckmäßigkeit der Kategorie des negativen Interesses zu verneinen, da ja der Dritte aus dem Titel des negativen Interesses mehr erhielte, als ihm der wirksame Vertrag eingebracht haben würde [3]).

Um dieses „unbillige Ergebnis“ zu vermeiden, erklärt Hupka [4]) die Haftung für das negative Geschäftsinteresse aus dem Zweck, das Vertrauen des einen Teils auf das von dem andern prätendierte wirksame Zustandekommen des Geschäfts zu sichern. Daraus ergebe sich unmittelbar als natürliche Maximalgrenze der Haftung die Höhe des Interesses, welches der Vertrauende an dem Gegenstande seines Vertrauens, also eben an dem wirksamen Zustandekommen des Geschäfts habe; die Gefahr, daß die Kosten des Geschäfts nicht aufgewogen würden durch seine Vorteile, und daß durch den Abschluß des Geschäfts die Ausnutzung der sich etwa später noch darbietenden anderweiten Gewinnchancen abgeschnitten werde, trage jeder, der ein Rechtsgeschäft abschlösse; er trage die Gefahr in dem von ihm erwarteten Falle, daß das Geschäft wirksam sei und müsse sie auch tragen, wenn das Geschäft sich wider seine Erwartung als unwirksam erweise. Müßte ihm der Gegner im letzteren Falle auch einen das positive Geschäftsinteresse übersteigenden Ausfall vergüten, so würde er aus der Irrigkeit seines Vertrauens einen von ihm gar nicht erhofften und auch sachlich nicht gerechtfertigten Vorteil

---

[2]) nach der Ansicht: Schadensersatz gleich positives Interesse würden auch im ersten Falle, also bei Bösgläubigkeit des Vertreters, dem Wirt nur 5.— RM. zu ersetzen sein, es sei denn, daß die Voraussetzungen der Deliktshaftung gegeben sind.

[3]) gegen diese Kategorie hat sich, auch aus andern Gründen, so wegen der „Schwierigkeiten prozessualischer Realisierung“ Bähr (bei Ihering Bd. 6 S. 306, Bd. 14 S. 421 f.) gewandt; gegen ihn Mommsen S. 52 f.; vgl. ferner Thon S. 101, Eisele S. 498, 597, Enneccerus (Rechtsgeschäft) S. 89 f., Unger (Grünhut) S. 681 f., Demelius S. 320 f., Melliger S. 140 f.

[4]) S. 249 f.

ziehen. Die Haftung für das negative Interesse trage also schon vermöge ihres Zweckes eine natürliche Relation auf das positive Interesse in sich, sie versichere das Interesse am Unterbleiben des Geschäftsabschlusses nur soweit, als dasselbe durch den wirtschaftlichen Wert, den das Geschäft selbst für den Interessenten habe, gedeckt erscheine. Es habe somit lediglich explikative Bedeutung, wenn § 179 Abs. 2 BGB., konform den §§ 122 und 307 ausdrücklich verordne, daß der Vertreter „nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Wirksamkeit des Vertrags hat", verpflichtet sei [5]).

Wäre diese Ansicht richtig, so würde man auf dem Boden der hier vertretenen Auffassung des Schadensersatzbegriffes des Abs. 1 zu dem Resultat kommen, daß auch der bösgläubige Vertreter dem Schadensersatz fordernden Dritten auf nicht mehr hafte als der gutgläubige. Ein argumentum e contrario für die Auslegung Schadensersatz gleich positives Interesse wäre damit freilich immer noch nicht gegeben, da ja der bereits oben [6]) gegen dies Argument angeführte Grund der Alternativhaftung des bösgläubigen Vertreters im Gegensatz zu der einfachen Haftung des gutgläubigen Vertreters davon unberührt bliebe.

Der Ansicht Hupkas kann jedoch aus mehreren Gründen nicht zugestimmt werden. Zunächst kann gar keine Rede davon sein, daß man es als „unbilliges Ergebnis" bezeichnen müßte, wenn der andere Teil aus dem Titel des negativen Interesses mehr erhalte, als ihm das wirksame Geschäft eingebracht haben würde. Wäre nämlich diese Auffassung richtig, so müßte auch der durch den falsus dominus getäuschte Dritte, soweit er aus den Vorschriften über unerlaubte Handlungen — in der Regel aus §§ 823 Abs. 2 oder 826 BGB. — Schadensersatz verlangen kann, auf das durch die Höhe des positiven Geschäftsinteresses begrenzte negative Interesse beschränkt bleiben, denn auch hier beruht sein Schaden auf der Irrigkeit seines Vertrauens auf die Gültigkeit des Geschäfts. Ein Beispiel: X. weiß, daß der mit ihm verfeindete A. dem B. ein Pferd zu 1000 RM. angeboten hat. Er erfährt, daß B. nicht beabsichtigt, den Kauf abzuschließen, daß aber C. dem A. 1200 RM. für das Tier bieten will. Um dem A. einen Streich zu spielen, gibt er sich am Telefon dem A. gegenüber für B. aus und erklärt die Annahme der Kaufofferte. Gleich darauf erhält A. die Offerte des C., die er mit Rücksicht auf den vermeintlich mit B. abgeschlossenen Vertrag ablehnt. Er kann das Pferd jetzt nur

---

[5]) die Beschränkung des Vertrauensschadens auf die Höhe des positiven Interesses findet sich bereits in der gemeinrechtlichen Literatur; so Eisele (S. 499): „Derjenige, der sich auf das Zustandekommen eines Vertrags verlassen hat und daraufhin tätig geworden ist, kann nicht mehr verlangen, als ebenso behandelt zu werden, wie wenn der betreffende Vertrag wirklich zustande gekommen ist." Vgl. auch Thon S. 96, Mommsen S. 53 f.

[6]) s. oben S. 32 unten, 33 oben.

noch für 900 RM. verkaufen. Hier haftet X. nicht nach § 179, sondern nach § 826 BGB. Der zum Ersatz verpflichtende Umstand ist die Täuschungshandlung des X. A. ist so zu stellen, als wenn der X. nicht den Anschein hervorgerufen hätte, A. schlösse mit B. einen gültigen Vertrag. Es sind ihm also 300 (1200 — 900) RM. zu ersetzen. Wäre die Ansicht Hupkas richtig, so müßte man ihm nur 100 (1000 — 900) RM. zubilligen. Denn alles, was Hupka für die Beschränkung des negativen Interesses auf die Höhe des positiven Interesses anführt, trifft wörtlich auf diesen Fall des falsus dominus zu. Der Umstand, daß die Haftung hier auf Deliktsvorschriften beruht, kann keineswegs zu einem andern Ergebnis führen. Denn auch hier trägt der Dritte die „Gefahr in dem von ihm erwarteten Falle, daß das Geschäft wirksam ist", also, daß die Unterschrift nicht gefälscht, daß in dem angeführten Beispiel der wirkliche Geschäftsherr B. am Telefon ist, „und muß sie auch tragen, wenn das Geschäft sich wider sein Erwarten als unwirksam erweist." Auch hier „würde er aus der Irrigkeit seines Vertrauens einen von ihm gar nicht erhofften und auch sachlich nicht gerechtfertigten Vorteil ziehen." Darum ist es ein Widerspruch, wenn Hupka [7]) im anderen Zusammenhange ausführt, man müsse bei doloser Verleitung zum Geschäftsschlusse anerkennen, daß mit der beschränkten gesetzlichen Garantie für die Geschäftsvoraussetzung (§ 179 Abs. 2) die absolute, von der Höhe des positiven Geschäftsinteresses unabhängige Deliktshaftung (§ 826) konkuriere. In Wirklichkeit läßt er in diesem Falle den Dritten aus dem dolus des Vertreters den — nach seiner Ansicht — „sachlich nicht gerechtfertigten Vorteil" ziehen, in dem er dem Vertreter eine Strafe geradezu für sein doloses Vorgehen auferlegt. Denn die Frage, ob dieser Vorteil — das Mehr des positiven Interesses — sachlich nicht gerechtfertigt ist, beantwortet Hupka vom Standpunkt des Dritten, nicht vom Standpunkt des Vertreters aus [8]). Von diesem Gesichtspunkt aus aber kann die Frage des dolus auf seiten des Vertreters keine Rolle spielen.

Dazu kommt aber noch folgendes: Das Bürgerliche Gesetzbuch hat zwar in den §§ 122, 307 und 179 Abs. 2, in dem es bei Unwirksamkeit eines Vertrags dem einen Teil den Ersatz des Schadens gewährt, den er dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut, den Ersatzanspruch auf den Betrag des Interesses beschränkt, den jener an der Gültigkeit des Vertrags hat. Die Tatsache aber, daß das Gesetz in allen drei Vorschriften, in denen es vom negativen Interesse spricht, ausdrücklich hervorhebt, daß es das positive Interesse nicht übersteigen dürfe, spricht dagegen, daß diese Einschränkung eine explikative Bedeutung habe. Wäre dies richtig, so hätte es genügt, in den Allgemeinen Teil des Gesetzbuches oder den ersten Abschnitt des Rechts der Schuldverhältnisse eine Vorschrift

---

[7]) S. 230 A 3.

[8]) das geht ganz unzweifelhaft aus seinen Ausführungen S. 249 ff. hervor.

des Inhalts aufzunehmen, daß dort, wo der Vertrauensschaden zu ersetzen ist, der Ersatzbetrag niemals die Höhe des positiven Interesses übersteigen dürfe. Das entspräche auch der Technik des BGB. Der Umstand, daß das Gesetz aber jedesmal von neuem hervorhebt: es kann nicht mehr als das positive Interesse gefordert werden, muß eher als Argument dafür angesehen werden, daß das Gesetz diese Einschränkung nicht für selbstverständlich hält und daß es sich ferner um Sondervorschriften handelt, die eine analoge Anwendung auf die Fälle, in denen jemand dadurch Schaden erleidet, daß er auf die Wahrheit einer Behauptung vertraut, demnach auf Grund sonstiger Vorschriften über Schadensersatz einen Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses geltend macht, zum mindesten sehr zweifelhaft erscheinen lassen [9]).

Auch in dem schon mehrfach erwähnten Falle des falsus dominus müßten die Vertreter der Ansicht, daß die Haftung für das negative Interesse an sich schon eine Beschränkung auf das positive enthalte, bei konsequenter Durchführung dieses Gedankens zu dem Ergebnis kommen, daß der getäuschte Dritte, der auf Grund des § 826 BGB oder des § 823 Abs. 2 (Betrug) einen Anspruch auf Ersatz des durch sein Vertrauen auf den vermeintlich gültigen Vertrag entstandenen Schaden geltend macht, nicht mehr beanspruchen könnte, als er habe, wenn der Vertrag wirksam gewesen wäre. Demgegenüber ist bereits ausgeführt worden, daß dem Dritten beim Vorliegen der Deliktsvoraussetzungen dem falsus dominus gegenüber ein Anspruch auf das unbeschränkte negative Interesse zustehe. Diese Ansicht ist ebenso, wie die bereits angeführte von seinem Standpunkt aus als inkonsequent zu bezeichnende Ansicht Hupkas, bei doloser Verleitung zum Geschäftsabschluß trete die absolute von der Höhe des positiven Interesses unabhängige Deliktshaftung ein, nicht unbestritten.

Das Reichsgericht hat in einer Reihe von Entscheidungen [10]) ausgesprochen, daß der nach § 123 BGB. Anfechtende zwar den Ersatz des negativen Vertragsinteresses, also des Schadens, den er durch den Abschluß des Vertrags erlitten hat, verlangen kann; werde jedoch, so führt das Reichsgericht aus, Schadensersatz auf Grund unerlaubter Handlung verlangt, so müsse der Getäuschte so gestellt werden, wie er stehen würde, wenn die vorgespiegelte Tatsache wahr sei; der

---

[9]) vgl. Brock S. 206 f.: „Der Umstand, daß die Anwendung der allgemeinen Normen über den Schadensersatz gegebenen Falles allein zur Statuierung des negativen Interesses genügt, erklärt es, daß wir bei der Darstellung der Kasuistik auch außerhalb der ausdrücklich vom Gesetz bestimmten Fälle negativer Interessehaftung Tatbestände feststellen konnten, in denen die vom Gesetz einfach vorgeschriebene Schadensersatzhaftung den Charakter des negativen Interesseersatzes annimmt. Freilich ein Unterschied ist vorhanden. Lediglich in den von dem BGB. speziell normierten Fällen greift die Begrenzung des negativen Interesses durch die Höhe des positiven Vertragsinteresses platz."

[10]) s. insbes. RG. Z. 59 S. 157; 63 S. 112.

Schadensersatz bestehe in der Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn das schädigende Ereignis, nämlich die Täuschung, nicht eingetreten wäre. Unter dem Zustand, der nach § 249 S. 1 BGB. herzustellen sei, müsse der Zustand verstanden werden, der durch den Vertrag bezweckt sei, und dessen Folge gewesen sein würde, wenn die Erklärungen der Vertragsteile auf Wahrheit beruht hätten. Danach bestände der Schadensersatzanspruch in der Erfüllung des Vertrages, in der Herstellung der zugesicherten Tatsache oder des zugesicherten Rechtszustandes. Könne der Vertrag so nicht erfüllt werden, so trete an die Stelle der Erfüllung die Geldentschädigung (§ 251). Dagegen ist mit Recht geltend gemacht worden, daß § 249 nicht einen Anspruch auf Herstellung des Vertrags gibt, sondern nur einen Anspruch auf Herstellung des Zustandes überhaupt, wie er ohne den zum Ersatz verpflichtenden Umstand bestehen würde, und daß ohne diesen Umstand regelmäßig ein Vertrag überhaupt nicht bestehen würde. Der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand ist die Täuschung. Der Getäuschte kann also nur verlangen, so gestellt zu werden, wie wenn er nicht getäuscht worden wäre. Wäre die Täuschungshandlung unterlassen worden, so wäre die Folge nicht etwa die, daß das Vorgespiegelte in Wahrheit vorhanden und der Vertrag zustande gekommen, sondern vielmehr die, daß der Vertrag nicht zustande gekommen wäre. Der Getäuschte kann also ebenso, wie bei der Anfechtung, nur Ersatz des Schadens verlangen, den er durch den Abschluß des ohne die Täuschung nicht abgeschlossenen Vertrags erlitten hat. Aus § 823 bezw. 826 mit § 249 BGB. läßt sich also nur ein Anspruch auf das negative Vertragsinteresse herleiten, nicht aber ein solcher auf das Erfüllungsinteresse [11]). Das Reichsgericht hat denn auch, unter Aufgabe seiner früheren Ansicht in späteren Entscheidungen den deliktischen Schadensersatzanspruch des Getäuschten auf das negative Interesse beschränkt [12]). Es hat dann freilich versucht, im Falle arglistiger Zusicherung beim Kaufvertrag den Erfüllungsanspruch auf die Analogie des § 463 Abs. 2 zu stützen [13]), was aber daran scheitert, daß die vom Reichsgericht behauptete „Gleichheit des Rechtsgrundes“ gar nicht vorliegt, da der Anspruch aus § 463 auf den Vertrag sich gründet, der aus der arglistigen Täuschung sich nur auf die unerlaubte Handlung stützen kann [14]).

---

[11]) so insbes. Staudinger (1925) S. 514, (1927) S. 134; vgl. auch Werner S. 304, Lenel S. 455, Westrum S. 40, Riehl (Gruchot) S. 809.

[12]) s. bes. RG. Z. 66 S. 337; 103 S. 159.

[13]) RG. Z. 103 S. 160; 83 S. 243; 66 S. 33; zustimmend Lipsiensis S. 500 f., Jeß S. 87, Kiehl (JW.) S. 502. A. A. insbes. Riehl bei Gruchot S. 831 ff. und in DJZ. S. 380; ferner Matthießen im Recht 1908 S. 670 und 1914 S. 227, Fuchs S. 913, Planck (1913) S. 311; OLG. Dresden in Seufferts Archiv Bd. 65 S. 281; vgl. auch Stoll S. 546.

[14]) Staudinger S. 514; vgl. ferner bezüglich der „Gleichheit des Rechtsgrund“ die in Anm. [13]) zitierten Schriftsteller.

§ 10.

Die Naturalrestitution nach § 249 aus dem Titel des negativen Interesses.

Zu erörtern bleibt noch die Frage, wie im konkreten Fall der Ersatz des unbeschränkten negativen Interesses zu bewirken ist. Während die herrschende Ansicht aus dem Titel des positiven Geschäftsinteresses dem Dritten einen Schadensersatzanspruch nur in Geld zubilligt, kann aus der hier vertretenen Auffassung eine solche Umdeutung des Schadensersatzanspruches nicht gefolgert werden.

Nun meint Brock zwar, ein auf Ersatz des negativen Interesses gehender Anspruch könne stets nur Geldersatz bedeuten. Eine naturale Herstellung des Zustandes, der ohne den unwirksamen Vertragsschluß bestehen würde, sei nicht möglich. Der entstandene Schaden könne nur in bereits gemachten Aufwendungen und im Nichtvornehmen anderer gewinnbringender vermögensrechtlicher Dispositionen bestehen. Die Aufwendungen könnten aber nicht rückgängig gemacht werden, und die unterlassenen Dispositionen könnten, wenn sie überhaupt als schadensverursachend noch in Betracht kommen sollten, nicht noch nachgeholt werden. Deshalb sei nach § 251 der Beschädigte durch Geldersatz ideell in die gleiche Vermögenslage zu bringen, in der er sich befinden würde, wenn von dem unwirksamen Vertrag gar nicht die Rede gewesen wäre [1]).

Dem kann nicht zugestimmt werden. Auch die Auffassung Brocks beruht auf einer Verkennung des Begriffs der Naturalherstellung. Nicht die Aufwendungen sollen rückgängig gemacht werden, nicht die Dispositionen nachgeholt, sondern der Dritte soll so gestellt werden, als wenn er die Aufwendungen gemacht, die Dispositionen getroffen hätte.

Einige Beispiele sollen zeigen, daß die Naturalrestitution auch beim Ersatz des negativen Interesses sehr wohl möglich ist. Wenn A. im Vertrauen auf die Gültigkeit eines durch den Pseudovertreter P. mit B. als Prinzipal geschlossenen Vertrags, durch den er von B. ein Gemälde des berühmten Malers X. erhalten soll, ein ihm bereits gehörendes Gemälde dieses Malers im Werte von 20 000.— RM. gegen ein solches dem P. gehörendes des Malers Y. im Werte von 19 000.— RM. umtauscht, so würde er nach Brock auf Grund des Anspruchs auf Ersatz des negativen Interesses 1000.— RM. von P. fordern können, nicht aber den Umtausch der Bilder, also die Rückgabe seines Gemäldes, das er, wenn er nicht geglaubt hätte, ein anderes Gemälde des Malers X. zu erhalten, niemals, auch nicht gegen einen höheren Gewinn als 1000.— RM. hergegeben hätte, und doch steht einer Rückgängigmachung des Geschäfts mit P. nichts im Wege.

Desgleichen müßte der Dritte bei Zerstörung oder Beschädigung der verkauften Sache auf dem Transport, die er ohne den vermeint-

---

1) S. 205 f.

lich gültigen Vertrag nicht abgeschickt hätte, sich mit Geldersatz begnügen, statt Herstellung, die bei vertretbaren Sachen auch in Lieferung einer gleichwertigen Sache bestehen kann [2]), verlangen zu können, selbst wenn diese möglich ist.

Ebenso könnte er, wenn er zur Ausführung des wirksamen Vertrags ein Darlehn zu hohen Zinsen aufgenommen hat, nur Geldersatz verlangen, obwohl die Befreiung von der eingegangenen Verbindlichkeit durch den falsus procurator möglich ist. Hupka [3]) bemerkt denn auch mit Recht — freilich ohne nähere Begründung — „die Vergütung des negativen Geschäftsinteresses geschieht in Geld, soweit nicht die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen einer Naturalrestitution gemäß § 249 ff BGB. gegeben sind [4])“.

Demnach hat der auf Schadenersatz in Anspruch genommene falsus procurator, der den Mangel der Vertretungsmacht kennt, dem Dritten das unbeschränkte, d. h. das durch die Höhe des Erfüllungsinteresses nicht begrenzte negative Interesse zu ersetzen, und zwar ist er in erster Linie zur Naturalrestitution verpflichtet, zum Ersatz des Geldinteresses nur dann, wenn die besonderen Voraussetzungen der §§ 249 ff. BGB. zutreffen.

---

[2]) s. Staudinger (1927) S. 133 und 141, Enneccerus II S. 46
[3]) S. 252.
[4]) ebenso Oertmann S. 378: „Auch § 249 ist hier nicht grundsätzlich unanwendbar, wenn es auch praktisch selten sein dürfte, das negative Interesse in Natur zu ersetzen. Möglich ist es immerhin: der Ersatzpflichtige muß die dem instrumentierenden Notar gegenüber erwachsene, noch nicht beglichene Kostenlast auf sich übernehmen; er muß dem Gegner die Sache, die dieser im Vertrauen auf das durch den (anfechtbaren) Vertrag zu erlangende Ersatzstück abgestoßen hat, wieder verschaffen.“

Lebenslauf.

Ich, Unterzeichneter, bin geboren zu Gelsenkirchen am 7. 7. 1902 als Sohn des Kaufmanns Nathan Heyman. Ich bin jüdischer Religion und preußischer Staatsangehöriger. Nach dem Besuch der Volksschule trat ich in das Realgymnasium zu Gelsenkirchen ein, das ich am 15. 3. 1923 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich studierte sodann sechs Semester Rechtswissenschaft, und zwar zwei Semester in Münster i. W. (S.-S. 1923, W.-S. 1923/24), ein Semester in Kiel (S.-S. 1924), ein Semester in Berlin (W.-S. 1924/25), ein Semester in Freiburg (S.-S. 1925) und ein Semester in München (W.-S. 1925/26). Am 29. September 1926 bestand ich vor der Prüfungskommission des Oberlandesgerichts Hamm das Referendarexamen, am 19. Juli 1928 auf Grund vorliegender Dissertation an der Universität zu Münster i. W. die mündliche Doktorprüfung.

Erich Heyman.